

# Moderne sociale zekerheid: efficiency met behoud van fundamentele waarden

Citation for published version (APA):

Klosse, S. (2003). *Moderne sociale zekerheid: efficiency met behoud van fundamentele waarden*. Sdu Uitgevers. <https://doi.org/10.26481/spe.20030101sk>

## Document status and date:

Published: 01/01/2003

## DOI:

[10.26481/spe.20030101sk](https://doi.org/10.26481/spe.20030101sk)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Moderne sociale zekerheid:  
efficiency met behoud van fundamentele waarden

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij  
Servicecentrum Uitgevers  
Postbus 20014  
2500 EA Den Haag  
tel.: 070 - 378 9880  
fax: 070 - 378 9783

© 2003 Sdu Uitgevers BV, Den Haag

Omslagontwerp: Villa Y, Den Haag

ISBN 90 5409 336 6  
NUR 823

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorrecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel. 023-7997810.

Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet 1912 dient men zich te wenden tot de stichting PRO, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel. 023-7997809. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission from the publisher.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

# Inhoud

1.	Sociale zekerheid en haar dilemma's	1
2.	Hervormingsfilosofie	3
3.	Is de hervormingsfilosofie juridisch houdbaar?	6
4.	Juridisch kader	7
4.1	Zorgplicht voor het waarborgen van bestaanszekerheid	7
4.2	Ruime beleidsvrijheid	9
4.2.1	Primaat bij de wetgever	9
4.2.2	Betekenis voor de wetgeving op het terrein van sociale zekerheid	10
5.	Consequenties voor de kwaliteit van de moderniseringswetgeving	12
5.1	Financieel-economische belangen overheersen	12
5.2	Wetgeving met een dubbele bodem	13
5.3	Vasthouden aan de ingezette koers	15
5.4	Positieve financiële prikkels als tegenwicht	16
5.4.1	Doeltreffend medicijn?	16
5.4.2	Nieuwe reparaties	17
5.5	Regulering van de aanstellingskeuring	18
5.6	Voorlopig sluitstuk	20
5.6.1	Beperking van de toegang tot de WAO	20
5.6.2	Flankerende maatregelen	21
5.7	Onduidelijkheid over controle en reïntegratieverplichtingen	24
5.7.1	Reikwijdte van de informatieplicht	24
5.7.2	Reikwijdte van de medewerkingsplicht	25
5.8	Botsende grondrechten	26
5.8.1	Het recht op privacy versus het recht op een eerlijke procesgang	26
5.8.2	De medische besluitenregeling	27
5.8.3	Toereikende oplossing?	28
6.	Recht zonder ruggengraat?	30
6.1	Rol van de kwaliteitseisen voor wetgeving	30
6.2	Rol van het juridisch kader	31
7.	Ontwikkeling op Europees terrein	32
7.1	Sturing via een proces van 'open' coördinatie	32
7.2	Afstemming op het economisch en monetair beleid	34
7.3	Doeltreffende aanpak?	35
7.4	Bijstelling van de koers	36
7.5	Houvast voor verbetering van de rechtsvorming?	38

## INHOUD

8.	Rol van sociale grondrechten bij de modernisering van sociale zekerheid	39
8.1	Overheidstaak in de sfeer van sociale zekerheid	39
8.2	Concretisering van de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid aan de hand van een grondrechtelijk kader	41
8.2.1	Belang van een grondrechtelijke benadering	41
8.2.2	Betekenis van een grondrechtelijke benadering voor het werkgelegenheidsbeleid	42
9.	Tijd voor de volgende stap	46
9.1	Half werk	46
9.2	Nadruk op rechtsgelijkheid	46
9.3	Oog voor gelijke kansen?	49
10.	Bijstelling van de koers	51
10.1	Verandering van perspectief	51
10.2	Betekenis voor de WAO-plannen	52
10.3	Slotsom	54

# Moderne sociale zekerheid: efficiency met behoud van fundamentele waarden

## 1. Sociale zekerheid en haar dilemma's

*'...De economische en budgettaire situatie van ons land is dramatisch slechter geworden. Het nieuwe kabinet wil daarom hard aan de slag voor een beter Nederland. Ondanks economische tegenwind moet er flink vooruitgang worden geboekt in het oplossen van problemen waarmee de samenleving kampt...'*

Zo luidt het hoopvolle begin van het regeerakkoord dat op 16 mei 2003 werd gepresenteerd.<sup>1</sup> Toch ontlokte dit akkoord meteen de nodige protesten. Verbazingwekkend is dat niet. De beoogde vooruitgang wordt namelijk met een forse begrotingsdiscipline gecombineerd. De weg naar een beter Nederland is hierdoor bezaaid met financiële voetangels en klemmen die samen een bezuiniging van ruim dertien miljard euro moeten opleveren.<sup>2</sup> Ingrepen in de sociale zekerheid zijn onderdeel van dit bezuinigingspakket. Behalve op de al eerder aangekondigde hervorming van de WAO en de ziektekostenregelingen,<sup>3</sup> hebben deze ingrepen onder meer betrekking op beperking van de uitkeringsrechten bij werkloosheid<sup>4</sup> en een drastische herziening van de bijstandsregeling.<sup>5</sup> De protesten richtten zich

1 Hoofddijnenakkoord voor het kabinet CDA, VVD en D66, 16 mei 2003, p. 1.

2 Dit blijkt uit p. 16 en 17 van de bijlage bij het hoofddijnenakkoord waarin het financieel kader 2004-2007 wordt geschetst.

3 De hervorming van de ziektekostenregelingen komt kort gezegd neer op beperking van het verzekeringspakket, verhoging van de eigen bijdragen en verhoging van de doelmatigheid waarbij de sector een zware verantwoordelijkheid krijgt (Hoofddijnenakkoord, p. 7 en 8). De herziening van de WAO komt in grote lijnen neer op beperking van de toegang tot degenen die duurzaam volledig arbeidsongeschikt zijn onder gelijktijdige afschaffing van de gedeeltelijke WAO uitkeringen. Voor gedeeltelijk arbeidsgeschikten wordt loon het primaire alternatief. Lukt het niet om te werken, dan ligt overgang naar de werkloosheidsregelingen in het verschiet. Zie hierover nader par. 5.6.1.

4 Voorgesteld wordt om zowel de kortdurende werkloosheidsuitkering (art. 52a-j WW) als de vervolguitering bij werkloosheid (art. 48-52 WW) af te schaffen en de referte-eis aan te scherpen door het vereiste aantal weken waarin moet zijn gewerkt om aanspraak op een werkloosheidsuitkering te kunnen maken, op te trekken van 26 uit 39 weken (art. 17a WW) naar 39 uit 52 weken. Hoofddijnenakkoord, p. 17.

5 Zie daarvoor het wetsvoorstel Wet werk en bijstand (Wwb), TK 2002-2003, 28 870 en het Hoofddijnenakkoord, p. 17. Doel van de hierin vervatte herziening is bijstandsgerechtigden meer dan voorheen te activeren tot (her)intrede in betaald werk. Het wetsvoorstel legt de centrale verantwoordelijkheid hiervoor volledig bij de gemeenten. Via een 100% vrij te besteden budgettering van de uitgaven, wordt gemeenten zoveel mogelijk beleidsruimte gelaten om bij de invulling van die verantwoordelijkheid maatwerk te leveren. Actief beleid wordt zo beloond. Alle bijstandsgerechtigden jonger dan 65 jaar worden gestimuleerd hieraan actief mee te werken door de hoogte van de uitkering te koppelen aan het betoonde verantwoordelijkheidsbesef om te doen wat nodig is om zelf in het bestaan te voorzien. Dit houdt onder meer in dat alle algemeen geaccepteerde arbeid moet worden geaccepteerd. Een inkomenswaarborg komt pas aan de orde als mensen in staat blijken te zijn dergelijke arbeid in al dan tijdelijk gesubsidieerde vorm te verkrijgen. Uitgangspunt blijft ook dan dat zo kort mogelijk aanspraak wordt gemaakt op deze inkomenswaarborg. De huidige systematiek van centrale normen en gemeentelijke toeslagen blijft bestaan, maar verlening van bijzondere bijstand gaat geschieden op basis van maatwerk. Verder voorziet het wetsvoorstel in een langdurigheidstoeslag voor mensen die geen perspectief hebben op terugkeer in het arbeidsproces. Het beleid terzake wordt vastgelegd in een verordening. Zie voor meer details: TK 2002-2003, 28870, nr. 1-2 en 3.

echter niet primair op deze ingrepen. Zij spitsten zich toe op het voornemen om bestaande WAO-ers jonger dan 45 jaar onder het voorgenomen nieuwe WAO-regime te brengen.<sup>6</sup> Op zich is ook dat niet zo gek. Arbeidsongeschikten zijn immers al sinds het einde van de jaren tachtig het doelwit van voortdurende wijzigingen in de sociale zekerheid. Belanghebbenden ervaren de voorgestelde maatregelen als een verdere aantasting van hun bestaanszekerheid en vinden bovendien dat er ten onrechte aan verworven rechten wordt getornd. 'We laten ons niet verder uitkleden' is dan ook hun devies. Het tegenargument, dat dit zo'n vaart niet zal lopen omdat het nieuwe WAO-regime in ieder geval een deel van de doelgroep van het stempel 'arbeidsongeschikt' zal bevrijden en daardoor hun kans op werk zal vergroten, heeft in dit verband weinig overtuigingskracht. Over het algemeen hebben eerder genomen maatregelen om deelname aan het arbeidsproces te bevorderen immers niet tot meer werkzekerheid geleid. De voorgenomen ingrepen bevatten geen enkele garantie dat dit zal veranderen. Kennelijk zijn politici daar ook niet zo zeker van. Naar aanleiding van alle commotie over het hoofdlijnenakkoord werd namelijk meteen al wat gas teruggenomen en een 'financieel ordentelijke' uitwerking van de voorgestelde maatregel in het vooruitzicht gesteld. Betrokkenen wordt zo een doekje voor het bloeden aangereikt. De ingrepen zelf worden immers niet ter discussie gesteld, alleen de financiële pijn wordt (vermoedelijk) wat verzacht.

Deze gang van zaken geeft een aardige illustratie van een intrigerend dilemma in de sociale zekerheid. Zeker de laatste jaren is er een voortdurende spanning tussen de financieel-economische noodzaak om het stelsel van sociale zekerheid te reorganiseren en de juridische noodzaak om daarbij recht te doen aan sociale zekerheden in de sfeer van werk en inkomen, die in internationale verdragen en de Grondwet zijn verankerd. Die spanning vraagt om een gebalanceerde afweging tussen financieel-economische en sociale waarden, die ieder voor zich essentieel zijn. Maar juist het vinden van een balans tussen deze twee waarden blijkt in de praktijk op problemen te stuiten. Aan de ene kant zijn ingrepen in de sociale zekerheid noodzakelijk om de continuïteit daarvan te waarborgen. Tal van ontwikkelingen knagen namelijk aan het fundament van het publieke sociale zekerheidssysteem en zetten de houdbaarheid en betaalbaarheid daarvan onder druk. De combinatie van een slinkend aantal jongeren en een groeiend aantal ouderen veroorzaakt bijvoorbeeld problemen voor de financiering van de ouderdomspensioenen. De ziektekosten rijzen de pan uit, maar blijken moeilijk beheersbaar. Het toenemend aantal dames op de arbeidsmarkt vraagt om creatieve alternatieven voor vormen van zorg die zij traditioneel op zich namen, zoals de zorg voor kinderen, ouderen en zieke familieleden of vrienden. En verder blijft, ondanks een actief arbeidsmarktbeleid, een relatief groot deel van de beroepsgeschikte bevolking afhankelijk van een arbeidsongeschiktheids-, een werkloosheids- of een bijstandsuitkering.<sup>7</sup> Al deze ontwikkelingen maken hervorming van het traditionele sociale zekerheidssysteem urgent.

6 Zie daarvoor de bijlage bij het Hoofdlijnenakkoord, p. 17.

7 In Europees verband wordt dit aangemerkt als een structureel probleem en is Nederland herhaaldelijk aangesproken daarvoor maatregelen te treffen. Zie bijv. Aanbeveling van de Raad van 19 januari 2001, Doc. nr. 32001 X 0064, p. 17 en Mededelingen van de Commissie aan de Raad in het kader van het gezamenlijk overleg over de werkgelegenheid 2002, Com (2002) 621 final, p. 89. Het wetsvoorstel voor de nieuwe bijstandsregeling haakt hierop in: TK 2002-2003, 28 870 A, p. 7.

Privatisering en bevordering van arbeidsparticipatie lijken op het eerste gezicht doeltreffende middelen om deze problemen aan te pakken. Privatisering vermindert immers de collectieve lasten en versterkt tegelijkertijd de individuele verantwoordelijkheid om zelf door middel van arbeid of een particuliere verzekering in het bestaan te voorzien.<sup>8</sup> Bevordering van arbeidsparticipatie draagt, op zijn beurt, bij aan de houdbaarheid en betaalbaarheid van het sociale zekerheidssysteem door verhoging van het aantal werkenden. Naar mate meer mensen werken ontstaat immers een breder draagvlak voor de financiering van dat systeem. Alle potentiële arbeidskracht moet daarom worden ingezet, niet alleen die van uitkeringsontvangers, maar ook die van vrouwen en ouderen.<sup>9</sup>

Op zich zijn dit logische gedachten. Toch stemmen de resultaten tot nu toe niet tot tevredenheid. Privatisering blijkt niet automatisch te leiden tot een efficiënter werkend systeem. Eerder werkt het een toenemende sociale ongelijkheid in de hand. Bovendien blijven bepaalde groepen moeilijkheden ondervinden bij het vinden of behouden van werk, ondanks een heel scala van maatregelen dat daarin verandering moet brengen. Het gevaar van sociale uitsluiting is hierdoor nog steeds reëel. De hamvraag is daarom hoe de modernisering van het stelsel van sociale zekerheid op een effectievere manier gestalte kan krijgen. Kan de continuïteit van het stelsel worden gewaarborgd zonder dat tegelijkertijd allerlei sociale zekerheden in de sfeer van werk en inkomen in het gedrang komen? Op deze vraag is tot dusver geen bevredigend antwoord gevonden. Reden te meer om eens na te gaan waar de schoen wringt en hoe eventuele knelpunten kunnen worden verholpen. Om hiervan een beeld te krijgen, wordt eerst wat meer licht geworpen op de hervormingsfilosofie waarop de in gang gezette modernisering van de sociale zekerheid steunt. Vervolgens worden de knelpunten daarvan in beeld gebracht, gevolgd door mogelijke manieren om die weg te nemen.

## 2. Hervormingsfilosofie

Uitgangspunt van de filosofie die achter veel van de aangebrachte wijzigingen in het sociale zekerheidssysteem schuil gaat is dat de overheidstaak in de sfeer van de sociale zekerheid een subsidiaire is. Burgers hebben primair een eigen verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien.<sup>10</sup> Op de publieke sociale zekerheid kan daarom alleen een beroep worden gedaan als dat echt nodig is. Als mensen door middel van arbeid voor zichzelf kunnen zorgen of als risico's tegen redelijke condities verzekeraar zijn op de particuliere

8 Deze gedachte heeft ten grondslag gelegen aan de wijziging van de nabestaandenregeling en de ZW: TK 1994-1995, 24 169, nr. 3, p. 1-7 en nr. 6, p. 2 en 13 (ANW) en TK 1995-1996, 24 439, nr. 3, p. 2 e.v. (WULBZ). Onder hetzelfde motto beperkte de TBA zowel de toegang tot de WAO als de hoogte en de duur van de WAO-uitkering: TK 1002-1993, 22 824, nr. 1-2 en nr. 5 en 6.

9 Zie voor deze gedachte bijv.: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Een Werkend Perspectief, Arbeidsparticipatie in de jaren negentig, Den Haag 1990.

10 Dit wordt gebaseerd op de in 1945 door de Commissie Van Rhijn geformuleerde rechtsgrond voor sociale zekerheid: 'de gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek van al haar leden, op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen': Commissie Van Rhijn, Sociale Zekerheid, Deel II, Den Haag Algemeene Landsdrukkerij 1945, p. 10.



verzekeringsmarkt dan wel binnen de arbeidsverhouding kunnen worden opgevangen, ligt overheidsinterventie met andere woorden niet langer voor de hand.<sup>11</sup>

De zorg voor sociale zekerheid verandert hierdoor van karakter. Nu de overheid op dit terrein in principe alleen een taak voor zichzelf ziet weggelegd als andere mechanismen tekortschieten, verschuift die zorg bijvoorbeeld voor een deel naar andere terreinen. Alternatieve beschermingstechnieken treden hierdoor op de voorgrond. Behalve voor de particuliere verzekeringen, geldt dit bijvoorbeeld ook voor het arbeids(omstandigheden)recht, het aansprakelijkheidsrecht en het mededingingsrecht. De nadruk op de eigen verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien, heeft verder tot gevolg dat arbeid de primaire bron van bestaanszekerheid wordt. Ook dit geeft de zorg voor sociale zekerheid een ander accent. Daar waar vóór de reorganisatieperiode het accent lag op waarborging van een zekere inkomensbescherming bij het intreden van bepaalde sociale risico's, ligt het accent nu primair op het bevorderen van economische zelfstandigheid. Behoud en het creëren van werkgelegenheid wordt daarmee een essentieel onderdeel van het sociale zekerheidsbeleid. Tegelijkertijd wordt hiermee benadrukt dat sociale zekerheid niet alleen een curatieve, inkomenswaarborgende functie heeft, maar vooral ook een preventieve, activerende functie en wel in die zin dat alle zeilen moeten worden bijgezet om te voorkomen dat mensen (langdurig) afhankelijk worden van inkomensvervangende uitkeringen.<sup>12</sup> Het is primair aan het bedrijfsleven om hieraan invulling te geven. Dit kan op uiteenlopende manieren, bijvoorbeeld door te investeren in goede, gezondheidsbevorderende arbeidsomstandigheden en een actief en doeltreffend beleid om ziekteverzuim te voorkomen of in ieder geval te beperken in omvang en duur.<sup>13</sup> (Private) arbo-diensten moeten hierbij de nodige ondersteuning verlenen.<sup>14</sup> Hiernaast kunnen ook de inmiddels geprivatiseerde reïntegratiebedrijven werkgevers en werkzoekenden de nodige steun verlenen bij het realiseren van de doelstelling om (langdurige) uitkeringsafhankelijkheid waar mogelijk te vermijden. De manier waarop zij dat doen wordt bewust overgelaten aan de heilzame werking van de markt. Dit, in de verwachting dat de uitvoerende instanties zo extra worden geprikkeld om doeltreffend

11 Zie voor deze redentie bijv. TK 1996-1997, 25 010, nr. 1-2: Werken aan zekerheid; bouwstenen voor een modern en houdbaar stelsel van sociale zekerheid. Zie ook het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid: Van Verdelen naar Verdienen; afwegingen voor sociale zekerheid in de 21e eeuw, Den Haag SDU 1997; de Sociale Nota 1995 TK 1994-1995, 23 902, nr. 1-2, p. 113 e.v. en de SER-studie, Verantwoordelijkheidsverdeling Sociale Zekerheid, Den Haag 1994, p. 43-80.

12 Zie hiervoor nader onder meer: W. van Voorden, Preventie in de sociale zekerheid: mooi perspectief of ongepaste pretentie?, in SMA 1991, p. 511-517; F.G. van den Heuvel e.a., Preventie van sociale zekerheid: een wenkend perspectief, in SMA 1991, p. 599-602 en in kritische zin J. van Steenberghe e.a. (red.), Preventie: solide basis voor de sociale zekerheid, Antwerpen/Apeldoorn Maklu Uitgevers, 1994, p. 15-102 en 287-299.

13 Meer concreet kan bij een gezondheidsbevorderend beleid onder meer worden gedacht aan het zorgen voor evenwichtige werkdruk, het voorkomen van burned-out syndromen en stressklachten, het verlenen van opfrisverloven en mogelijkheden om de loopbaan tijdelijk te onderbreken, het bieden van carrière perspectieven en relevante opleidings- en/of andere ontplooiingsmogelijkheden. De kaders daarvoor zijn neergelegd in de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet Arbeid en Zorg, de Wet Aanpassing arbeidsduur en, voor wat betreft de bestrijding van ziekteverzuim, recentelijk nader ingevuld door de Wet Verbetering Poortwachter.

14 Dit is geregeld in art. 14 Arbowet.

en efficiënt te werk te gaan.<sup>15</sup> De overheid heeft zichzelf dus ook op dit gebied een subsidiaire rol toebedeeld.<sup>16</sup>

De nadruk op de eigen verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien brengt verder mee dat van alle betrokkenen een maximale inspanning wordt verwacht om aan het werk te blijven of te komen. In dit kader worden werkzoekende uitkeringsgerechtigden via sancties nadrukkelijk aangesproken op hun verantwoordelijkheid om iedere kans op werk aan te grijpen.<sup>17</sup> Daarnaast worden van werkgevers, werknemers en uitvoeringsinstanties zichtbare inspanningen verwacht om te voorkomen dat een (langdurig) beroep op het uitkeringssysteem wordt gedaan. Doen zij dat niet, dan kan dat ook voor hen behoorlijke financiële consequenties hebben.<sup>18</sup> Betrokkenen moeten zo eveneens worden geprikkeld tot een actieve opstelling in de sfeer van het aanbieden, aanvaarden of behouden van werk.

15 Zie daarvoor bijv. de notitie Naar een werkende reïntegratiemarkt; het onderzoeksrapport 'Op weg naar volwassenheid': tweede inventarisatie van de stand van zaken op de markt voor reïntegratiediensten van het onderzoeksbureau Regioplan en de daarop voortbouwende notitie 'Reïntegratiebeleid': TK 2002-2003, 28 719, nr. 1, waarin nog eens wordt benadrukt dat de reïntegratiemarkt maximale ruimte moet krijgen en overheidsinterventie tot een minimum moet worden beperkt (p. 4). Om de reïntegratiemarkt tot doeltreffende acties te prikkelen is volledige resultaatfinanciering het uitgangspunt. Daarnaast wordt gewerkt met onderlinge vergelijking van resultaten via 'prestatie-benchmarks' (p. 7-8). Scherp en zakelijk onderhandelen tussen opdrachtgever en opdrachtnemer wordt gezien als de basis voor een efficiënt resultaat (duurzame uitstroom). Marktconforme prijsvorming moet tevens afoming voorkomen door de aanbesteding, anders dan voorheen, te richten op kleine, moeilijk bemiddelbare groepen zodat inspanningen beter op hun behoeften kunnen worden gericht en de prijs daarop kan worden afgestemd (p. 13-16).

16 Het mededingingsrecht heeft hieraan overigens ook een steentje bijgedragen. Het Europese Hof van Justitie heeft inmiddels uitgemaakt dat het niet toelaten van private bemiddelingsbureau op de bemiddelingsmarkt in strijd is met art. 90 lid 1 en art. 86 EGV als overheidsinstanties 'klaarlijk niet in staat zijn om voor alle soorten activiteiten aan de vraag op de arbeidsmarkt te voldoen'. De overheid kan zich dan niet het exclusieve recht voorbehouden om bemiddelingsactiviteiten tussen werkzoekenden en werkgevers alleen door overheidsinstanties te laten verrichten (Zie bijv. ECJ in de zaak Höffner and Elsner, Case C-41/90 (1991), ECR I-1979; in de zaak Job Centre Coop, Case C-55/96 (1997), ECR I-7119 en in de zaak G. Carra, Case C-258/98 (2000), ECR I-4217). In het licht van deze jurisprudentie, en de bemiddelingsresultaten van de publieke arbeidsvoorzieningsorganisatie, lag openstelling van de bemiddelingsmarkt voor private bedrijven min of meer voor de hand. Zie in dit verband ook Richtlijn 2000/52/EC inzake de doorzichtigheid van de betrekkingen tussen overheden en hun openbare bedrijven en het Wetsvoorstel Markt en Overheid (TK 2001-2002 28 050) waarin toetredingsregels worden gepreciseerd voor de overheid om de markt mogen te betreden en gedragsregels worden verankerd, zoals het verbod op kruissubsidiëring tussen publieke en private activiteiten en een verbod op bevoordeling van overheidsbedrijven boven andere ondernemingen waarmee overheidsbedrijven in concurrentie treden. Het toezicht hierop ligt bij de NMA.

17 Aldus wil men onderstrepen dat de relatie tussen de gemeenschap en haar burgers in essentie wederkerig is. De solidariteit waarop het stelsel van sociale zekerheid is gebaseerd, houdt weliswaar in dat de gemeenschap solidair is met de niet-actieven, maar daaraan zijn wel grenzen. Van degenen die werken kan geen blijvende bereidheid worden verlangd om de toenemende collectieve lasten te dragen. Van niet-actieven mag daarom worden gevraagd dat zij hun best doen om het beroep op sociale zekerheid zo kort mogelijk te houden. Het wetsvoorstel voor de nieuwe bijstandsregeling borduurt op deze gedachte voort (TK 2002-2003, 28 870, nr. 1-2 en 3). Zie voor een eerdere uitwerking van deze gedachte bijv.: Notitie Volumebeleid 1979, TK 1978/1979, 15 650, nr. 1-2, p. 2/3. Voor de sancties zijn, behalve art. 24 jo 27 WW, art. 113 Abw en art. 35 IOAW, ook het Boetebesluit Sociale Verzekeringen (Staatsblad 2000, 462) en het Maatregelenbesluit Tica (Staatsblad 1996, 141) van belang.

18 Zie voor deze beleidslijn nader bijv. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Activerend Arbeidsmarktbeleid, Den Haag 1987 en 'Regeringsverklaring Nieuw Kabinet'; Beleid gericht op rechtvaardige en evenwichtige verhoudingen, Staatscourant 1989, 231, p. 4-6. De sancties voor werkgevers en werknemers

### 3. Is de hervormingsfilosofie juridisch houdbaar?

De ingezette koerswijziging op het terrein van de sociale zekerheid lijkt op het eerste gezicht een verantwoorde, bij de huidige tijd passende stap. Toch roept die ontwikkeling een aantal vragen op. Zo schuift de overheid de zorg voor sociale zekerheid hiermee in wezen af naar belanghebbenden zelf, c.q. naar het bedrijfsleven en de private verzekerings- en reïntegratiemarkt. Maar in hoeverre heeft de overheid het recht dit te doen? Heeft de overheid niet ten minste de plicht ervoor te zorgen dat alternatieve beschermingssystemen belanghebbenden op een gelijkwaardige manier beschermen tegen bestaansonzekerheid als een publiek systeem zou doen? Juist als er wijzigingen in het geding zijn die de zorg voor sociale zekerheid voor een belangrijk deel overlaten aan 'de markt', lijkt het zaak hier extra op te letten. Gelijkwaardige bescherming is dan immers geen gegeven. Daarvoor is namelijk onder meer vereist dat de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid waarop het publieke sociale zekerheidsstelsel steunt, op de één of andere manier in die alternatieve systemen worden geïntegreerd. Maar dat is bepaald niet vanzelfsprekend. De aangedragen alternatieven steunen immers voor een belangrijk deel op eigen inspanningen en de werking van de particuliere verzekeringsmarkt, terwijl het publieke systeem er juist op uit is de negatieve effecten daarvan te corrigeren om zo te voorkomen dat er tekorten in het beschermingsniveau gaan ontstaan. Solidariteit en ongelijkheidscompensatie nemen daarom in een publiek systeem een centrale plaats in.<sup>19</sup> Zij zijn de pijlers waarop dat systeem rust en, daarmee, cruciale middelen om de mens een veilig en menswaardig bestaan te bieden als de markt daarin tekortschiet en individuen of groepen buiten de beschermingsboot dreigen te vallen. Solidariteit en ongelijkheidscompensatie dragen zo bij aan maatschappelijke geborgenheid en, daarmee, aan de verwezenlijking van een geïntegreerde maatschappij waarvan geen individuen of groepen zijn buitengesloten. In essentie schuilt hierin de kern van sociale zekerheid.<sup>20</sup>

Als alternatieve beschermingssystemen de functies van het publieke sociale zekerheidsstelsel gaan overnemen, kunnen deze intrinsieke waarden van het publieke systeem gemakkelijk in het gedrang komen. Deze waarden zijn namelijk niet 'eigen' aan die alternatieve systemen en laten zich daarin ook niet automatisch integreren. Als gevolg hiervan kunnen tekorten in het beschermingsniveau gaan ontstaan, bijvoorbeeld doordat het solidariteitsgehalte afneemt en niet iedereen in gelijke mate toegang heeft tot de alternatieve beschermingssystemen. Zo kunnen particuliere verzekeringen voor bepaalde groepen finan-

zijn bijv. te vinden in art. 7: 629 lid 11, c BW jo art. 71a lid 9 WAO resp. in art. 7: 629 lid 3, c, d en e BW; art. 7: 670b lid 3 BW en art. 25-28 WAO. Op de uitvoeringsorganisatie wordt met name druk uitgeoefend via een resultaatgerichte financiering van de uitgaven.

- 19 Zie bijv. M.G. Levenbach, *Nederlands Bestuursrecht*, deel II, afdeling I, Arbeid, Alphen aan de Rijn 1964, hoofdstuk 1; G.J.M. Veldkamp, *Inleiding tot de sociale zekerheid*, Deventer Kluwer 1978, deel I: Karakter en Geschiedenis; W.J.H. van Oorschot, *Solidariteit in verzekering en sociale zekerheid; analyse van een begrip*, SMA 1991, p. 461-471 en E.P. de Jong, *De verzekeringsgedachte in de sociale zekerheid*, in: *Sociaal en Zeker*, F.A.J. van den Bosch (red.), Deventer Kluwer 1986, p. 65-79.
- 20 Zie hiervoor nader bijv. N.E.H. Van Esveld, *Sociale rechtsvorming*, Alphen a/d Rijn 1967, p. 11; J.J.M. Van der Ven, *Sociale zekerheid als maatschappelijk verschijnsel*, SMA 1967, p. 154-155 en P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht; over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Deventer Tjeenk Willink, 2001, p. 4 en 74.

cieel onbereikbaar zijn of niet toegankelijk omdat verzekeraars bepaalde risico's niet tegen redelijke condities kunnen (of willen) verzekeren. Ook de toegang tot het arbeidsproces kan voor bepaalde groepen op moeilijkheden stuiten. De (start)positie op de arbeidsmarkt is nu eenmaal niet voor iedereen gelijk. Zonder nadere corrigerende maatregelen kan zo, in plaats van maatschappelijke integratie, voor bepaalde groepen juist het gevaar van sociale uitsluiting gaan ontstaan.

Willen alternatieve beschermingssystemen een gelijkwaardig beschermingsniveau bieden, dan zal de wetgever dit soort tekorten in het beschermingsniveau met aanvullende maatregelen moeten compenseren. De vraag is echter of en zo ja in hoeverre de wetgever hiertoe kan worden verplicht. Bestaat er zoiets als een plicht om te waarborgen dat de intrinsieke waarden van het publieke sociale zekerheidssysteem niet geheel en al uit het zicht verdwijnen als dat stelsel op een modernere leest wordt geschoeid? Deze vraag laat zich gemakkelijker stellen dan beantwoorden. Het juridisch kader waarmee de wetgever bij zo'n veranderingsproces rekening moet houden, zou daarbij houvast moeten bieden maar juist op dit terrein is onduidelijkheid troef. De afweging die in dat proces moet worden gemaakt tussen de financieel-economische noodzaak om de continuïteit van het stelsel van sociale zekerheid te waarborgen en de juridische noodzaak om daarbij recht te doen aan de sociale zekerheden die het juridisch kader biedt (zoals het recht van eenieder op gelijke kansen op maatschappelijke integratie en bescherming tegen sociale uitsluiting), valt als gevolg hiervan al snel uit ten faveure van het eerstgenoemde belang. Zoals hieronder zal blijken, heeft dit echter wel een prijs. Zo blijkt dit bijvoorbeeld gemakkelijk te kunnen leiden tot wetgeving die in allerlei opzichten te wensen overlaat en daardoor, in plaats van sociale zekerheid, eerder sociale ónzeekerheid creëert.

Of en zo ja hoe hierin verbetering kan worden gebracht, is met het oog op deze uitkomst een belangrijke vraag. Verduidelijking van het juridische kader lijkt in dit kader een cruciale stap. Verduidelijking van het juridisch kader kan immers bevorderen dat de juridische randvoorwaarden en uitgangspunten explicieter in aanmerking worden genomen bij de afweging van sociale en economische belangen die in het kader van de modernisering van de sociale zekerheid een rol spelen. Het vinden van een balans tussen daarbij aan de orde zijnde economische en sociale waarden kan daardoor worden vergemakkelijkt. Op zijn beurt kan dit zowel de effectiviteit als de kwaliteit van de moderniseringswetgeving ten goede komen. Om te begrijpen welke factoren hieraan vooralsnog in de weg staan, zal daarvan nu eerst een beeld worden geschetst. Tegen deze achtergrond zal vervolgens worden nagegaan hoe kan worden bevorderd dat het juridisch kader zich in het wetgevingsproces nadrukkelijker kan laten gelden.

#### **4. Juridisch kader**

##### *4.1 Zorgplicht voor het waarborgen van bestaanszekerheid*

Het juridisch kader voor het overheids-handelen op het terrein van de sociale zekerheid wordt hoofdzakelijk gevormd door een aantal op dat fenomeen betrekking hebbende sociale grondrechten en daarmee samenhangende rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel,

het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Behalve in internationale verdragen, zijn de sociale grondrechten sinds 1983 ook in de Nederlandse grondwet verankerd.<sup>21</sup> Dit, in de gedachte dat *'het ideaal van vrijheid en gelijkheid, zoals belichaamd in de klassieke grondrechten, een aanvulling nodig heeft om ten volle materiële betekenis te krijgen. Een Grondwet, geschreven voor nu en de toekomst, mag hieraan niet voorbij gaan en dient, naast de vastlegging van de geestelijke en fysieke vrijheid en gelijkheid, ook aandacht te besteden aan de bestaanszekerheid van de mens en het streven naar zijn individuele en maatschappelijke ontplooiing'*.<sup>22</sup>

Tegen deze achtergrond roepen de sociale grondrechten de overheid op om in deze sferen activiteiten te ontplooien.<sup>23</sup> In de grondwet is deze opdracht onder meer geëxpliciteerd in de zorgplicht om de bestaanszekerheid van de burger te waarborgen.<sup>24</sup> Dit is een brede opdracht, die meer omvat dan de, ook nader omschreven, taak om op het terrein van de sociale zekerheid regelend op te treden.<sup>25</sup> Volgens de parlementaire stukken strekt de zorg voor bestaanszekerheid zich namelijk niet alleen uit tot het inkomen van degenen die niet door middel van arbeid in hun bestaan kunnen voorzien, maar ook tot het inkomen van de arbeidende mens. De zorg voor bestaanszekerheid omvat daarom bijvoorbeeld ook de bevordering van evenwichtige inkomensverhoudingen, het beleid tot vaststelling van minimumlonen, het algemene economisch beleid en het doen van overheidsuitgaven door het voeren van een bepaalde fiscale politiek of saneringsmaatregelen.<sup>26</sup> Daarnaast bevatten de grondwettelijke zorgplichten voor voldoende werkgelegenheid, de bevordering van de volksgezondheid en het voeren van een actieve onderwijspolitiek eveneens aspecten die de zorg-

21 Zie daarvoor art. 19 t/m 23 Grondwet. Voor wat betreft de internationale verdragen zijn onder meer van belang art. 1, 12, 15 en 31 ESH; art. 2, 4, 6 en 9 IVESCR; art. 8 en 14 EVRM; art. 26 IVBPR; ILO-verdrag 44, 102, 121, 122 en 128 en de Europese Code inzake Sociale Zekerheid (1964). In 1990 is deze Code herzien, maar nog geen enkel lid van de Raad van Europa heeft deze herziene Code bekrachtigd. Nederland is op dit punt met name terughoudend wegens twijfel of de geprivatiseerde ZW en de PEMBA de toets van de herziene Code wel zullen kunnen doorstaan. Zie daarvoor bijv.: TK 1996-1997, 25 524, nr. 3, p. 2 en 1997-1998, Aanhangsel nr. 3097.

22 Aldus een regeringsnota uit 1974: TK 1973-1974, 12 944, nr. 1, p. 307/8. Vrijheid en gelijkheid zijn beiden componenten van het streven naar een zo volledig mogelijke individuele en maatschappelijke ontplooiing. Op grond van het gelijkheidsbeginsel moet eenieder over de kans op zelfontplooiing kunnen beschikken. De individuele vrijheid kan zo enerzijds worden beperkt door de ontplooiingsmogelijkheden van anderen, maar anderzijds kan gelijke behandeling ook een voorwaarde zijn voor individuele vrijheid. Voor groepen die zich in een achterstandspositie bevinden of door het bestaan van vooroordelen worden belemmerd in hun zelfontplooiing kan het gelijkheidsbeginsel immers een grotere mate van vrijheid bewerkstelligen: J. H. Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, Den Haag SDU 2002, p. 1.

23 De parlementaire stukken spreken in dit verband over een fundamentele overheidstaak. Zie bijv. TK 13 873, nr. 3, p. 6 en nr. 7, p. 1. Aan deze taak kan op verschillende manieren uitvoering worden gegeven, bijv. door regels te stellen, ergens zorg voor te dragen, iets te bevorderen of voorwaarden te scheppen om een bepaald resultaat te bereiken.

24 Art. 20 lid 1 Grondwet: de bestaanszekerheid der bevolking en spreiding van welvaart zijn voorwerp van zorg van de overheid.

25 Art. 20 lid 2 Grondwet: de wet stelt regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid. Art. 20 lid 3 Grondwet legt hiernaast het individuele recht op bijstand vast: Nederlanders hier te lande, die niet in het bestaan kunnen voorzien, hebben een bij wet te regelen recht op bijstand van overheidswege.

26 Zie: TK 1975-1976, 13 873, nr. 1-4, p. 12 en 1976-1977, nr. 7, p. 18.

plicht voor bestaanszekerheid nader inkleuren.<sup>27</sup> De zorgplicht voor bestaanszekerheid heeft hierdoor een overkoepelende functie; zij fungeert in wezen als brug tussen grondrechten die te maken hebben met arbeid aan de ene kant en met sociale zekerheidsuitkeringen aan de andere kant.<sup>28</sup>

## 4.2 Ruime beleidsvrijheid

### 4.2.1 Primaat bij de wetgever

De kwaliteitseisen voor wetgeving schrijven de wetgever voor om bij zijn wetgevende activiteiten steeds na te gaan of deze wel stroken met (de strekking van) relevante grondrechten en de daarmee samenhangende beginselen.<sup>29</sup> Dit betekent overigens niet dat eenmaal totstandgekomen wetgeving, die uitvoering geeft aan een bepaald grondrecht, niet voor verandering vatbaar zou zijn. Aanpassing van wetgeving aan nieuwe ontwikkelingen is wel degelijk mogelijk. Onduidelijk is echter hoe ver deze aanpassingen kunnen gaan. De bepalingen waarin de sociale grondrechten zijn verankerd laten dat bewust in het midden. Zij zijn geformuleerd als instructienormen en bevatten daarom niet meer dan een opdracht aan de overheid of de wetgever om een bepaalde, wenselijk geachte situatie te (helpen) verwezenlijken.<sup>30</sup> Bij de uitvoering van deze opdracht mag rekening worden gehouden met de feitelijke mogelijkheden en relevante politieke en sociaal economische omstandigheden.<sup>31</sup>

Wetgevende en besturende organen wordt zo een ruime beleidsmarge gelaten. Zij hebben een grote mate van vrijheid om, in het licht van actuele politieke en sociaal economische omstandigheden, te bepalen hoe zij aan hun grondrechtelijke opdrachten uitvoering geven. Dit wordt nog eens versterkt doordat de rechter deze beleidsvrijheid moet respecteren en zich daarom bij de toetsing van de overheidsactiviteiten op dit terrein terughoudend moet opstellen. Voor zover die activiteiten als bestuurshandelingen kunnen worden gekwalificeerd, brengt dit bijvoorbeeld mee dat de rechter zich zal moeten beperken tot een rechtmatigheidstoets en, daarmee, tot de vraag of bestuurshandelingen in overeenstemming zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In beginsel betekent dit dat er alleen ruimte is voor een rechterlijke toetsing als er sprake van willekeur en het bestuursorgaan dus bij de afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet had mogen handelen zoals het heeft gedaan. Door de aan bestuursorganen gegeven beleidsruimte zal daarvan echter niet gauw sprake zijn. Gaat het om wetgevende activiteiten, dan mag de

27 Zie daarvoor art. 19, 22 en 23 Grondwet.

28 Zie daarvoor nader bijv. P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht; over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking, Deventer Tjeenk Willink 2001, p. 80.

29 Zie daarvoor de nota Zicht op Wetgeving, TK 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 24; de nota Wetgevingskwaliteit en Wetgevingsvisite, TK 2000-2001, 27 475, nr. 2, p. 14 en de nadere uitwerking daarvan in de Aanwijzingen voor de regelgeving, Gereedschap voor de wetgevingspraktijk deel 4, Den Haag 200. Met name Aanwijzing 18 bepaalt expliciet dat wetgeving in overeenstemming moet zijn met hogere regels, waaronder internationale en communautaire regels, grondwettelijke voorschriften en relevante rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in art. 3:4 Awb. Ook in de MvT bij de herziene Grondwet wordt opgemerkt, dat de sociale grondrechten moeten dienen als uitgangspunt bij de gedachteswisseling in de Staten Generaal: TK 1975-1976, 13 873, nr. 3, p. 7.

30 Zie bijv. TK 1976-1977, 13 873, nr. 7, p. 2 en 12.

31 Zie daarvoor bijv.: TK 1975-1976, 13 873, nr. 3, p. 6-8 en 1976-1977, 13 873, nr. 7, p. 6 en p. 12.

rechter deze activiteiten, voor zover deze hun beslag krijgen in wetgeving in formele zin, niet toetsen aan de Grondwet.<sup>32</sup> Toetsing aan relevante bepalingen in internationale verdragen is wel mogelijk, mits deze bepalingen kunnen worden aangemerkt als 'eenieder verbindend' in de zin van art. 93 Grondwet. Bepalingen die zijn geformuleerd als instructienorm zijn daarvoor in het algemeen niet concreet genoeg en lenen zich daarom niet direct voor een rechterlijke toetsing.<sup>33</sup> Het primaat van de beoordeling hoe sociale grondrechten zullen worden ingevuld ligt als gevolg hiervan bij de wetgever.<sup>34</sup>

#### 4.2.2 Betekenis voor de wetgeving op het terrein van sociale zekerheid

Toegespitst op het terrein van de sociale zekerheid impliceert dit kader dat veel geoorloofd is zolang de waarborgen die ten tijde van de grondswetswijziging in 1983 bestonden maar niet helemaal worden ingetrokken en de minimum waarborgen, vastgelegd in internationale verdragen waaraan Nederland zich heeft gecommitteerd, maar worden gerespecteerd.<sup>35</sup> Bij wijzigingen in de sfeer van de sociale zekerheid wordt in het algemeen getoetst of aan deze voorwaarden wordt voldaan.<sup>36</sup> Meestal levert deze toetsing echter geen noemenswaardige

<sup>32</sup> Art. 120 Grondwet belet dat.

<sup>33</sup> Zie bijv. CRvB 10 april 1991, AOW 1990/68, RSV 1992, 316. Zie voor een uitzondering op deze regel bijv. CRvB 26 mei 1996, RSV 1998, 9. Hierin werd een regeling op grond waarvan een eigen bijdrage moest worden betaald voor bevalling in een ziekenhuis getoetst aan de normen neergelegd in ILO-verdrag 102 en 103. Dit werd mogelijk geacht omdat de norm waar het in deze procedure omging, naar het oordeel van de CRvB, mede door de imperatieve redactie van het minimumkarakter van deze verdragen in het algemeen als van de desbetreffende bepaling in het bijzonder, voldoende nauwkeurig was omschreven en zich daardoor wel voor rechterlijke toetsing leende. Zie ook CRvB 14 maart 2003, USV 2003/6, m. nt M. Driessen, p. 410-419. Ook daarin werd aan een bepaling ILO-verdrag 118 (art. 5 lid 1) rechtstreekse werking toegekend. Doorslaggevend was hier dat deze bepaling verdragsluitende partijen een nauwkeurige en onvoorwaardelijke verplichting oplegt, ter uitvoering waarvan geen nadere overeenkomsten moeten worden gesloten.

<sup>34</sup> In de MvT bij de herziening van de Grondwet in 1983 wordt in dit verband benadrukt dat er wegens gebrek aan heldere toetsingscriteria op dit gebied geen taken voor de rechter zijn weggelegd. De sociale grondrechten richten zich tot de regelgevende of besturende organen van de overheid: TK 1975-1976, 13 873, nr. 8, p. 7.

<sup>35</sup> De minimum normen voor sociale zekerheid zijn vastgelegd in ILO-verdrag 102 en De Europese Code voor sociale zekerheid. Art. 12 lid 2 ESH verplicht de verdragspartijen om het stelsel van sociale zekerheid te houden op een bevredigend peil dat ten minste gelijk is aan het peil dat door ILO-verdrag 102 wordt gewaarborgd.

<sup>36</sup> Zie voor een dergelijke toetsing bijv.: TK 1992-1993, 22 824, nr. 3, p. 70-72 (TBA); TK 1995-1996, 24 439, nr. 3, p. 48-52 (WULBZ) en TK 1994-1995, 24 169, nr. 3, p. 16-20 (ANW). Opvallend is dat een dergelijke toetsing in de MvT bij het wetsvoorstel voor de nieuwe bijstandsregeling (Wwb) ontbreekt, zeker nu art. 8 van dit wetsvoorstel gemeenten de bevoegdheid geeft om op basis van een verordening de bijstandsnorm te verlagen: TK 2002-2003, 28 870, nr. 1-2, p. 5. Overigens is in de MvT, op instigatie van de Raad van State, wel een paragraaf gewijd aan de verenigbaarheid van een eventuele verlaging van de bijstandsnorm (als sanctie) met de eisen van art. 6 EVRM (is zo'n maatregel bijv. een punitieve sanctie in de zin van dit verdrag?): TK 2002-2003, 28 870 A, p. 14 en nr. 3, p. 49. De voorgenomen hervorming van de WAO wordt, zonder dat daar al een concreet wetsvoorstel voor is, momenteel wel getoetst op de vraag of de voorgenomen herziening overeenstemt met internationale normverdragen (zie daarvoor bijv.: Handelingen TK 2002-2003, Aanhangsel 702, p. 1477 en de brief van de minister van Sociale Zaken aan de Tweede Kamer van 31 januari 2003, nr. 03/9184). Met name de normen van ILO-verdrag 128 met betrekking tot de uitkeringsbedragen bij arbeidsongevallen en beroepsziekten zijn hier in het geding. Bij deze oorzaken van arbeidsongeschiktheid moet minimaal 50% van het laatstverdiende loon worden gegarandeerd zolang de arbeidsongeschiktheid duurt (art. 6 onder c van dit verdrag). Bij overgang naar de werkloosheidsregeling kan deze norm in het gedrang komen. Ook ten aanzien van niet arbeidsgebonden oorzaken van arbeidsongeschiktheid kan dit een



obstakels op. Het niveau van de Nederlandse sociale zekerheid ligt in het algemeen boven de vastgestelde minimumnormen en bovendien gaat modernisering van het stelsel in de regel niet gepaard met volledige intrekking van de waarborgen die in 1983 bestonden. Voor zover er wel problemen dreigen, bestaat de neiging daarvoor 'creatieve' oplossingen te zoeken, bijvoorbeeld door een 'problematisch' verdrag niet te ratificeren of de opzeggingsmogelijkheden af te tasten.<sup>37</sup>

Dit kader geeft ruime mogelijkheden voor aanpassing van het stelsel, ook in neerwaartse richting.<sup>38</sup> De beslissing om af te zien van een nadere definitie van het begrip sociale zekerheid helpt hieraan ook een handje mee. Ook dit laat de wetgever immers ruimte om, afhankelijk van de omstandigheden, te bepalen hoe de opdracht om op het terrein van de sociale zekerheid regelend op te treden, nader wordt uitgewerkt.<sup>39</sup> Deze beleidsruimte komt uiteraard goed van pas in tijden waarin in beleidskringen de overtuiging leeft dat het sociale

probleem zijn omdat art. 9 lid 3 van ILO-verdrag 121 tijdelijke uitkeringen bij structurele arbeidsongeschiktheid niet toelaat. Voor deze toetsing is verder van belang dat het Internationale Arbeidsbureau van de ILO waarborgen heeft opgesteld die bij een private uitvoering in acht genomen moeten worden (er mogen bijv. geen werknemers buiten de boot vallen en de werkgever moet zich kunnen verzekeren). Zie hierover nader ook par. 10.2.

37 Een voorbeeld van een verdrag dat bewust niet is geratificeerd is ILO-verdrag 168 inzake de bevordering van werkgelegenheid en bescherming tegen werkloosheid (zie daarvoor bijv. TK 2000-2001, 27 480, nr. 1). Op grond van dit verdrag moeten uitkeringen bij werkloosheid minimaal 50% van het vroegere loon bedragen. De in art. 52a-j WW verankerde kortdurende werkloosheidsuitkering (70% van het minimumloon gedurende een half jaar) voldoet niet altijd aan deze norm. Ook het aangescherpte sanctiebeleid op grond van de Wet Boeten en Maatregelen (1996) staat op gespannen voet met de normen van ILO-verdrag 168. Zie daarvoor nader: F.J.L. Pennings, De bevordering van werkgelegenheid en bescherming tegen werkloosheid, in: Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimumnormen van de IAO en de Raad van Europa, Deventer Kluwer 1992, p. 108. Een andere 'creatieve' oplossing is opzegging van een 'problematisch' verdrag. Nadat art. 26 IVBPR van toepassing was verklaard op het stelsel van sociale zekerheid, is overwogen dat verdrag op te zeggen en opnieuw te ratificeren met een voorbehoud bij art. 26 resp. om het individuele klachtenrecht bij dit verdrag op te zeggen (zie voor reacties daarop bijv. NJB 1988, p. 378). Opzegging is ook overwogen bij de totstandkoming van de ANW wegens twijfel of de wijziging waarbij de nabestaandenuitkeringen inkomensafhankelijk zijn gemaakt wel in overeenstemming is met deel VI van ILO-verdrag 121 en de Europese Code inzake sociale zekerheid. Tijdens de parlementaire behandeling wilde de regering dit probleem oplossen door deel VI van beide verdragen op te zeggen (TK 1994-1995, 24 169, nr. 3, p. 19). Tegenstand in de Tweede Kamer heeft dat verhinderd. De regering heeft vervolgens aansluiting gezocht bij een advies van het Internationale Arbeidsbureau, waarin werd gesteld dat geen uitkering hoeft te worden toegekend als daarvoor geen sociale rechtvaardiging bestaat, bijv. omdat nabestaanden voldoende inkomsten of andere bestaansmiddelen hebben. Hieruit werd afgeleid dat de inkomensafhankelijkheid van de nabestaanden-uitkering dus door de beugel kon.

38 Art. 12 lid 3 ESH en art. 11 IVESCR verplichten weliswaar te streven naar een geleidelijke verhoging van het sociale zekerheidspeil, maar het effect daarvan is gering door de open formulering van deze bepalingen. Ten aanzien van art. 12 lid 3 ESH heeft de CRvB geoordeeld dat deze bepaling niet kan worden aangemerkt als een 'een ieder verbindende' bepaling zodat deze zich niet leent voor rechterlijke toetsing (CRvB 10 augustus 1988, RSV 1989, 94). Wijzigingen in neerwaartse richting kunnen als gevolg hiervan niet met een beroep op deze bepalingen worden tegengehouden.

39 Van nadere definiëring van het begrip sociale zekerheid is afgezien om te voorkomen dat de opdracht om op dit gebied regelend op te treden te zeer het karakter krijgt van een politiek program. Zodra wordt aangegeven waaruit de aanspraken op sociale zekerheid dienen te bestaan dreigt bovendien het gevaar dat de opsomming willekeurig is. Ook zou daardoor de indruk kunnen worden gewekt dat er slechts één vorm denkbaar is waarin deze aanspraken gestalte kunnen krijgen. Dat zou afbreuk doen aan het feit dat die aanspraken op diverse vormen kunnen worden uitgewerkt: TK 1975-1976, 13 873, nr. 1-4, p. 12 en 1976-1977, nr. 7, p. 3.



zekerheidssysteem drastisch moet worden aangepast om de houdbaarheid en betaalbaarheid daarvan te garanderen. Het juridisch kader laat immers toe dat de wetgever, bij de afwegingen die zullen moeten worden gemaakt tussen hetgeen relevante sociale grondrechten de burger beogen te verzekeren en andere beleidsdoelstellingen, prioriteiten stelt. Niet uitgesloten is hierdoor dat andere doelstellingen in dit afwegingsproces zwaarder gaan wegen. Recht doen aan de sociale grondrechten brengt immers vaak investeringen (en dus kosten) mee en de financiële middelen zijn nu eenmaal niet onbeperkt.<sup>40</sup>

## 5. Consequenties voor de kwaliteit van de moderniseringwetgeving

### 5.1 Financieel-economische belangen overheersen

Uit de inmiddels doorgevoerde wijzigingen blijkt dat de wetgever volop gebruik heeft gemaakt van de beleidsruimte om in het licht van de feitelijke mogelijkheden en relevante politieke en sociaal economische omstandigheden te bepalen hoe de grondwettelijke opdrachten in de sfeer van de sociale zekerheid worden ingekleurd. In veel gevallen hielden die wijzigingen aanpassingen in neerwaartse richting in. Veelal werd dit gerechtvaardigd met een beroep op de bijdrage die deze aanpassingen zouden leveren aan de bevordering van arbeidsparticipatie en, daarmee, aan de economische zelfstandigheid van betrokkenen.<sup>41</sup> Op het eerste gezicht lijkt daarmee recht te worden gedaan aan de algemene strekking van de sociale grondrechten om *'aandacht te besteden aan de bestaanszekerheid van de mens en het streven naar zijn individuele en maatschappelijke ontplooiing'*. In werkelijkheid domineren echter hele andere belangen. Onder het mom van modernisering denkt men namelijk tegelijkertijd aanzienlijke bezuinigingen te kunnen realiseren.<sup>42</sup> In een periode waarin beheersing van de collectieve lasten hoog op de politieke agenda staat, zet dit financiële argument gewichtige zoden aan de dijk. Dat wordt echter gemaskeerd door de wetswijzigingen te 'verkoppen' onder de vlag van de bijdrage die deze wijzigingen aan de bevordering van arbeidsparticipatie kunnen leveren.

Deze werkwijze heeft de nodige consequenties. Zo is bevordering van arbeidsparticipatie hierdoor, als puntje bij paaltje komt, geen doel op zich, maar eerder een middel om bezuinigingen te realiseren. Dit heeft op zijn beurt zijn weerslag op de instrumenten die worden ingezet om tot bevordering van arbeidsparticipatie te komen. Ook die worden niet zo zeer gekozen op grond van hun geschiktheid om een duurzame integratie in het arbeidsproces te realiseren, maar eerder op grond van de mate waarin zij de beoogde besparingen kunnen helpen verwezenlijken. De doelstelling om te komen tot een hoger niveau van arbeids-

40 TK 1976-1977, 13 873, nr. 7, p. 2.

41 Zie bijv. TK 1994-1995, 24 169 (ANW) en TK 1992-1993, 22 824 (TBA). Zie hiervoor nader ook: P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht; over beginselen van rechtsvorming en hun werking, Deventer Tjeenk Willink 2001, p. 56-64.

42 De maatregelen van de TBA, die hun beslag hebben gekregen in het huidige art. 18 en 21a en 21b WAO, zouden bijv. leiden tot een bezuiniging van 4,5 miljard gulden; van de modernisering van de nabestaanden-regeling werd een besparing van 1,3 miljard verwacht en de privatisering van de ZW zou 900 miljoen gulden opleveren: TK 1992-1993, 22 824, nr. 3, p. 69 resp. TK 1994-1995, 24 169, nr. 6, p. 40. Zie ook: Kabinet Kok, Keuzen voor de Toekomst, Den Haag SDU 1994, p. 47.

participatie komt hierdoor gemakkelijk op de tocht te staan. Ook de grondrechtelijke opdracht om daarbij maatregelen te nemen die bijdragen aan de individuele en maatschappelijke ontplooiing verdwijnt hierdoor al snel naar de achtergrond.

## 5.2 *Wetgeving met een dubbele bodem*

De argumenten achter het besluit om het publiekrechtelijke ziekengeld om te zetten in de verplichting van de werkgever om bij ziekte het loon door te betalen, geven hiervan een aardige illustratie. Deze ingreep werd verkocht als instrument om de arbeidsparticipatie van zieke werknemers te bevorderen: als werkgevers de kosten van ziekteverzuim maar rechtstreeks voelen in hun portemonnee, dan zullen zij zich vanzelf wel gaan inspannen om, met een actief preventie- en reïntegratiebeleid, te voorkomen dat werknemers door ziekte (langdurig) uitvallen.<sup>43</sup> Aanvankelijk werd deze gedachte geconcretiseerd in een loonbetalingsplicht die zich voor grote werkgevers beperkte tot de eerste zes weken en voor kleine werkgevers tot de eerste twee weken van het ziekteverzuim.<sup>44</sup> Zonder het effect hiervan af te wachten, werd de loonbetalingsplicht echter kort daarna voor alle werkgevers verlengd tot het hele eerste ziektejaar.<sup>45</sup> Werkgevers zouden hierdoor sterker worden geprikkeld om het ziekteverzuim in hun bedrijf zo minimaal mogelijk te houden en, daarmee, een extra impuls krijgen om hun steentje bij te dragen aan de bevordering van de arbeidsparticipatie van zieke werknemers.<sup>46</sup>

Tegelijkertijd werd echter onderkend dat werkgevers hierop wel eens zouden kunnen reageren door het risico van loondoorbetaling bij ziekte massaal onder te brengen bij particuliere verzekeraars. Hoewel werkgevers hierdoor niet langer direct met de kosten van ziekteverzuim zouden worden geconfronteerd, en een essentieel onderdeel van de prikkel-filosofie daarmee ongedaan gemaakt zou worden, werd aan dit neveneffect niet zwaar getild. Belangrijker was dat de lasten van het ziekterisico door deze maatregel voor een groot deel bij werkgevers kwam te liggen en dat dit een bezuiniging van 900 miljoen gulden zou opleveren.<sup>47</sup> Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat tijdens het wetgevingsproces wel energie is gestoken in een nader onderzoek naar de daadwerkelijke verzekeringsmogelijkheden op de particuliere verzekeringsmarkt, maar niet is nagegaan of de veronderstelling dat uitbreiding van de loonbetalingsplicht zal leiden tot intensivering van het preventie- en reïntegratiebeleid en, daarmee, tot reductie van het ziekteverzuim, wel klopte. Dit werd zonder enige onderbouwing aangenomen.

43 Zie hiervoor bijv. TK 1989-1990, 21 300 XV, nr. 65.

44 Deze maatregel was op 1 januari 1994 ingegaan via de Wet Terugdringing Ziekteverzuim (TZ); wet van 22 december 1993, Staatsblad 1993, 750.

45 Deze verlengde loonbetalingsplicht ging in op 1 maart 1996 via de Wet Uitbreiding Loonbetalingsplicht bij Ziekte (WULBZ); wet van 8 februari 1996, Staatsblad 1996, 134. Deze plicht kreeg zijn beslag in art. 7:629 BW en art. 29 ZW.

46 Zie bijv. TK 1995-1996, 24 439, nr. 3, p. 1-3. Voortbouwend op het succes van 2/6 weken maatregel verwacht de regering van deze verlengde loonbetalingsplicht een verdere reductie van het ziekteverzuim met 10%.

47 Deze maatregel had bovendien als bijkomend voordeel dat uitvoerders door concurrentie op de verzekeringsmarkt zouden worden geprikkeld tot een actief en doeltreffend preventie en reïntegratiebeleid: TK 1995-1996, 24 439 nr. 6, p. 25-27.

Het risico dat de verlengde loonbetalingsplicht in werkelijkheid niet het beoogde arbeidsparticipatiebevorderende effect zou hebben werd daarmee in wezen ondergeschikt gemaakt aan de bezuinigingsdoelstelling die door de nieuwe wijze van financiering van het ziekterisico kon worden verwezenlijkt. In de kern was dit de spil waar de wetswijziging om draaide. Tijdens de parlementaire behandeling is in dit licht ook relatief veel aandacht besteed aan de eventuele negatieve effecten die zouden kunnen optreden door de, met deze nieuwe financieringsvorm gepaard gaande, overgang van een publieke naar een private verzekeringsvorm.<sup>48</sup> Als gevolg hiervan is de Ziektewet niet helemaal afgeschaft maar als vangnet voor bepaalde groepen blijven bestaan en zijn ook afspraken gemaakt met het Verbond van Verzekeraars om te waarborgen dat werkgevers al hun werknemers zonder selectie tegen een redelijke prijs konden verzekeren.<sup>49</sup>

Dit wil overigens niet zeggen dat de prikkelfilosofie voor zoete koek werd geslikt. Er werden wel degelijk kanttekeningen geplaatst bij de wankelende basis daarvan. Zo werd bijvoorbeeld nadrukkelijk gewezen op het gevaar, dat verschuiving van de financiële verantwoordelijkheid voor ziekteverzuim naar werkgevers, tot scherpere risicoselectie aan de poort en een stringenter ontslagbeleid zou kunnen leiden.<sup>50</sup> Dit bezwaar heeft de uitbreiding van de loonbetalingsplicht echter niet kunnen verhinderen. Het werd min of meer weggepoetst met de toezegging dat er wettelijke maatregelen zouden komen om dit probleem te ondervangen als zou blijken dat een oplossing via 'de markt' niet zou werken.<sup>51</sup> Met de nodige politieke stuurmanskunst werd zo een wet door het parlement geloodst waarmee de Ziektewet goeddeels werd geprivatiseerd zonder dat er duidelijke bewijzen waren dat die privatisering ook daadwerkelijk het beoogde gedragseffect zou hebben en wel in die zin dat

48 De Raad van State heeft hierin een belangrijke rol gespeeld. Zo heeft die Raad er in haar advies op gehamerd dat deze operatie onder sociaal aanvaardbare condities moest worden uitgevoerd. Verschuiving van verantwoordelijkheden naar de particuliere verzekeringsmarkt ontslaat de overheid niet van de taak te zorgen voor een wettelijk kader dat mogelijke negatieve effecten van de marktwerking opvangt, zodat een nieuw evenwicht ontstaat tussen eigen inspanningen en initiatief en maatschappelijke solidariteit: TK 1995-1996, 24 439 B, p. 1-3. Hierin klinken de door het Internationaal Arbeidsbureau geformuleerde waarborgen door.

49 Het Verbond van verzekeraars garandeerde daartoe dat werkgevers gedurende de eerste zes maanden na inwerkingtreding van de WULBZ hun werknemers collectief konden verzekeren zonder dat daarbij gezondheidsverklaringen van individuele werknemers hoefden te worden overhandigd en zonder dat mensen met een verhoogd risico zouden worden uitgesloten. Na zes maanden zou deze mogelijkheid ook voor alle nieuwkomers bestaan. Zie hiervoor bijv. TK 1996-1997, 24 439, nr. 18 en de rapporten van het Verbond van Verzekeraars: Uitgangspunten verzekeraars bij privatisering van de ZW, Den Haag 1994 en Toegankelijkheid en acceptatiebeleid ZW-verzekeringen, Den Haag 1995.

50 Daarbij werden twee rapporten van het CTSV in stelling gebracht waaruit bleek dat de neiging tot risicoselectie door de 2/6 maatregel en de malus inderdaad was toegenomen: S. Andriessen, T.J. Veerman en J. Vijgen, Risicoselectie op de Nederlandse Arbeidsmarkt, Zoetermeer 1995 en J. Vijgen, Een jaar terugdringing ziekteverzuim; effecten en neveneffecten van financiële prikkels, Zoetermeer 1995. Pikant in dit verband is dat het deskundigencomité dat belast is met het toezicht op de naleving van de Europese Code voor sociale zekerheid zich inmiddels op het standpunt heeft gesteld dat het gevaar van risicoselectie kan leiden tot doorbreking van de solidariteit tussen werkgevers en werknemers. Het is hierdoor maar de vraag of de rechten van werknemers wel afdoende gewaarborgd zijn. Tot nu toe heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa echter nog geen aanbevelingen gedaan om de Nederlandse wetgeving aan te passen.

51 Met oplossingen via 'de markt' werd bedoeld op de totstandkoming van een protocol waarin de regulering van de aanstellingskeuring zou worden geregeld. Er lag op dat moment al een initiatief wetsvoorstel voor de regulering van de aanstellingskeuring: TK 1992-1993, 23 259, nr. 1-2.

werkgevers daardoor geprikkeld zouden worden om zich in te spannen voor de bevordering van de arbeidsparticipatie van zieke werknemers.<sup>52</sup> De effectiviteit van deze ingreep werd hierdoor op dit punt op voorhand al op losse schroeven gezet.

### 5.3 *Vasthouden aan de ingezette koers*

De praktijk heeft inmiddels aangetoond dat uitbreiding van de loonbetalingsplicht niet automatisch leidt tot vermindering van het ziekteverzuim. Toch is de wetgever als gevolg hiervan niet teruggekeerd op zijn schreden. In plaats van nu eens grondig te onderzoeken of het beoogde doel (vermindering van ziekteverzuim door bevordering van arbeidsparticipatie) überhaupt wel met financiële prikkels kan worden bereikt, wordt gewoon voortgegaan op de ingeslagen weg en doen nieuwe financiële prikkels hun intrede. Zo verschijnt in 1998 de PEMBA op het toneel.<sup>53</sup> Voortbordurend op de prikkelfilosofie beoogt deze wet werkgevers opnieuw een impuls te geven om het ziekteverzuim binnen zijn bedrijf binnen de perken te houden door actief aan preventie en reïntegratie te doen. Hoewel dat dit keer via differentiatie van de WAO-premie of de mogelijkheid van eigenrisicodragerschap moet worden gerealiseerd, wordt hiermee voortgegaan op de ingeslagen weg, terwijl er nog steeds geen overtuigende bewijzen zijn dat daarmee het beoogde resultaat kan worden bereikt.<sup>54</sup> Tijdens de parlementaire behandeling wordt dit opnieuw aan de orde gesteld. Behalve op het feit dat werkgevers niet alle vormen van ziekteverzuim met een actief preventie en reïntegratiebeleid kunnen beïnvloeden (de oorzaken daarvan liggen immers voor een deel buiten de arbeidsorganisatie), wordt in dit verband wederom gewezen op het gevaar van vluchtgedrag in de vorm van een toenemende kans op risicoselectie aan de ondernemingspoort.<sup>55</sup> Deze kritiek baat echter niet. De meerderheid van het parlement steunt de voorgestelde maatregelen en neemt genoegzaam met een pakket flankerende maatregelen die tot doel hebben onbedoelde gedragseffecten te corrigeren.<sup>56</sup> Reparaties moeten eventuele gebreken dus maar verhelpen.

52 Er was wel een CTSV-rapport dat wees op het tegendeel: R.J.J. van Lochem en Y. Wijnands, *De werkgever geprikkeld? Effectiviteit financiële prikkel voor werkgevers in de ZW, AAW en WAO*, Zoetermeer 1995, met name p. 8 en 67.

53 De PEMBA werd ingevoerd op 1 januari 1998, Staatsblad 1998, 175.

54 Differentiatie van de WAO-premie maakt de premie die de werkgever moet betalen afhankelijk van de relatieve uitkeringslasten die zijn werknemers de eerste vijf jaar van hun arbeidsongeschiktheid veroorzaken. Zijn die lasten relatief laag doordat relatief weinig werknemers in de WAO zitten, dan betaalt de werkgever een lagere premie. In het omgekeerde geval betaalt de werkgever een hogere gedifferentieerde premie, naast de basispremie voor de WAO. Zie art. 76a en b, 78, 79a en 79b WAO. Eigen risicodragerschap brengt mee dat de werkgever de WAO-uitkering gedurende de eerste vijf jaar van de arbeidsongeschiktheid zelf uitbetaalt (art. 75-75g WAO). Hij bespaart daarmee de kosten van de gedifferentieerde premie. In beide gevallen wordt de financiële betrokkenheid van werkgevers bij arbeidsongeschiktheid van zijn werknemers vergroot en dat moet leiden tot intensivering van het preventie en reïntegratiebeleid.

55 Handelingen II 1996-1997, 1675-1684. Uit onderzoek blijkt dat maar ongeveer de helft van het ziekteverzuim gerelateerd is aan de arbeidssituatie. Zie daarvoor bijv. P.C. Hermans en R. Prins (red.), *Causaliteit en arbeidsongeschiktheid*, Zoetermeer 1993, p. 71.

56 TK 1995-1996, 24 698, nr. 3, p. 7

## 5.4 *Positieve financiële prikkels als tegenwicht*

### 5.4.1 *Doeltreffend medicijn?*

Met de introductie van de Wet REA op 1 juli 1998 krijgen deze reparaties voor een belangrijk deel hun beslag.<sup>57</sup> Om de neiging tot risicoselectie in te dammen beoogt deze wet het werken met mensen, die door gezondheidsproblemen van deelname aan het arbeidsproces dreigen te worden uitgesloten, voor werkgevers financieel aantrekkelijk te maken.<sup>58</sup> Dit gebeurt voornamelijk door werkgevers een scala van financiële voordelen te bieden als zij deze 'arbeidsgehandicapten' in dienst nemen of houden.<sup>59</sup> Deze voordelen variëren van vrijstelling van de loonbetalingsplicht als een 'arbeidsgehandicapte' binnen vijf jaar na indiensttreding uitvalt wegens ziekte tot kwijtschelding of vermindering van de basispremie voor de WAO als de werkgever een bepaald percentage van zijn loonsom aan 'arbeidsgehandicapte' werknemers besteedt.<sup>60</sup> Daarnaast wordt veel verwacht van bij de Wet REA geïntroduceerde budgetten waarmee de met reïntegratie gemoeide kosten snel, eenvoudig en vrijwel zonder administratieve rompslomp kunnen worden bestreden.<sup>61</sup>

Verondersteld wordt dat deze financiële voordelen werkgevers zullen stimuleren om 'arbeidsgehandicapten' in dienst te nemen en te houden en ook dat de vereenvoudigde procedure hen zal aanmoedigen om van deze voorzieningen gebruik te maken. Dat is ook hard nodig want het vóór invoering van de Wet REA bestaande instrumentarium om reïntegratie te bevorderen blijkt nauwelijks te worden benut.<sup>62</sup> Het instrumentarium van de REA moet hierin verandering brengen. Omdat de Wet REA voortbouwt op de prikkelfilosofie berust ook deze veronderstelling echter op drijfzand. De positieve prikkels die deze wet introduceert dienen in wezen als medicijn tegen de zwakheden van die filosofie,<sup>63</sup> maar pakken de factoren die tot uitsluiting van bepaalde groepen leiden niet bij de wortel aan. In dit licht verbaast het niet dat inmiddels uit een evaluatie is gebleken dat het REA-instrumentarium niet de daarvan verwachte vruchten afwerpt. Volgens de evaluatie kan dit niet alleen

57 Wet van 23 april 1998, Staatsblad 1998, 290. Daarnaast wordt ook de Wet op Medische Keuringen ingevoerd (wet van 24 december 1997, Staatsblad 1997, 770) die op 1 januari 1998 van kracht werd. Hierop wordt ingegaan in par. 5.5.

58 TK 1996-1997, 25 478, nr. 3, p. 28.

59 Volgens art. 2 wet REA is iemand van rechtswege 'arbeidsgehandicapt' als hij/zij een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt op grond van de WAO, de WAZ of de WAJONG, een werkvoorziening heeft of behoort tot de doelgroep van de WSW maar niet werkzaam is als werknemer in de zin van de WSW of in een WSW dienstbetrekking. Anderen kunnen op grond van een medisch arbeidskundige verklaring het predikaat 'arbeidsgehandicapt' krijgen.

60 Deze maatregelen zijn verankerd in art. 29b ZW resp. art. 75e en 77b WAO. De basispremie is niet verschuldigd als de werkgever vijf procent van zijn loonsom aan arbeidgehandicapten besteedt. Ligt dat percentage tussen de vier en de vijf procent dan is de basispremie voor 2/3 deel niet verschuldigd en bij een percentage tussen de drie en de vier procent voor 1/3 deel niet.

61 Art 16-18 Wet REA. De budgetten geven recht op een eenmalig bedrag van fl. 8000,- bij herplaatsing van een arbeidsgehandicapte werknemer in een andere functie binnen het eigen bedrijf en een, over een periode van drie jaar gespreid, bedrag van fl. 24.000,- als de werkgever een arbeidsgehandicapte in dienst neemt.

62 Dit blijkt bijv. uit de ZARA werkgevers panel rapportage 1996-1997, SZW Dan Haag 1997. Opgemerkt wordt daarbij dat het niet ondenkbaar is dat de negatieve financiële prikkels, zoals de verlengde loonbetalingsplicht en de PEMBA, hieraan een steentje bijdragen.

63 Dat wordt ook met zoveel woorden aangegeven: zie bijv. TK 1996-1997, 25 478, nr. 12, p. 21.

worden toegeschreven aan het feit dat de regeling, ondanks de aangebrachte vereenvoudiging, in de praktijk toch nog steeds ondoorzichtig en gecompliceerd is. Gebleken is namelijk ook dat de financiële voordelen, en meer in het bijzonder de budgetten waarin de Wet REA voorziet, voor werkgevers niet doorslaggevend zijn voor het in dienst nemen of houden van 'arbeidsgehandicapten'. Zij beschouwen het als een leuk extraatje dat niet noodzakelijkerwijs wordt aangewend voor reïntegratiebevorderende investeringen. Het aantal subsidies is hierdoor weliswaar toegenomen, maar tot een grotere mate van arbeidsparticipatie van 'arbeidsgehandicapten' heeft dat niet geleid.<sup>64</sup>

#### 5.4.2 Nieuwe reparaties

De regering heeft uit deze evaluatie de conclusie getrokken dat het bestaande systeem moet worden aangepast. Dit, hoewel de Raad van State maande tot voorzichtigheid om op basis van een eerste evaluatie ingrijpende veranderingen aan te brengen. De Raad van State wees er in dit verband op dat het bestaande systeem, mede door de in gang gezette reorganisatie van de uitvoeringsorganisatie, nog nauwelijks een kans heeft gehad om tot volle ontwikkeling te komen en bovendien ook geen reële kans krijgt om zich te stabiliseren als het nu al weer gewijzigd wordt.<sup>65</sup> De regering heeft dit advies echter in de wind geslagen en aanpassing van het bestaande systeem niettemin noodzakelijk geacht. Als gevolg hiervan zijn de budgetten van de Wet REA per 1 januari 2002 vervangen door een nieuwe regeling. Kern daarvan is dat de werkgever bij indienstneming van een 'arbeidsgehandicapte' gedurende drie jaar een korting kan krijgen op een aantal premies die de werkgever voor die werknemer moet afdragen. Het gaat hierbij zowel om een korting op de (basis en de gedifferentieerde) WAO premie als om een korting op het werkgeversdeel van premies die aan het Algemeen Werkloosheidsfonds moeten worden betaald. Herplaatsing van een 'arbeidsgehandicapte' in een andere functie in hetzelfde bedrijf of geheel of gedeeltelijk behoud van de eigen functie wordt beloond met een korting op dezelfde premies gedurende een periode van een jaar.<sup>66</sup>

Volgens de regering sluit deze regeling beter aan bij andere prikkels die ook via premievrijstelling of premiekorting worden gerealiseerd.<sup>67</sup> De systematiek wordt zo vereenvoudigd en versoberd. Dit overigens niet alleen in administratieve maar ook in financiële zin. De nieuwe regeling maakt de omvang van de financiële tegemoetkoming immers afhankelijk van het loon van de desbetreffende werknemer en kan daardoor lager uitvallen

64 TNO Arbeid, De realiteit; integrale rapportage evaluatie Wet REA, Den Haag 2001, par. 3.1.

65 TK 2001-2002, 28 016, A, p. 3 en 4. Zie voor geuite kritiek op de regeling tijdens de parlementaire behandeling bijv. TK 2001-2002, 28 016, nr. 22.

66 Deze regeling heeft zijn beslag gekregen in het gewijzigde artikel 79b WAO resp. in art. 82, 82a en 97c WW. Zie voor het wetsvoorstel: TK 2001-2002, 28 016, nr. 3, p. 3, 7 en 8. In beide gevallen kan dit bedrag eventueel worden aangevuld met een aanvullende subsidie waaruit de met reïntegratie gemoeide kosten kunnen worden bestreden. Het moet dan wel om reële kosten gaan. De werkgever moet dat dit aantonen (art. 15 en 16 Wet REA). Daarmee zijn we in feite weer 'terug bij af'.

67 Gedoeld wordt op de prikkels van de PEMBA en de vrijstelling van de basispremie voor de WAO als de werkgever ten minste drie procent van zijn loonsom aan arbeidsgehandicapten besteedt. Deze regeling wijkt overigens af van het inmiddels ingetrokken art 77b WAO waarin dit voor deze wijziging was geregeld.

dan de voormalige budgetregeling.<sup>68</sup> De opmerking van de Raad van State dat dit tegelijkertijd het beoogde effect van deze financiële prikkel kan frustreren, wordt weggewuifd door erop te wijzen dat uit het evaluatierapport blijkt dat de hoogte van de financiële tegemoetkoming de reïntegratie inspanningen van werkgevers toch niet of nauwelijks beïnvloedt.<sup>69</sup> Hoewel dit juist een reden had kunnen zijn om dit instrument ter discussie te stellen, steekt men de prikkel kennelijk liever in een ander jasje zonder serieus na te gaan of dit eigenlijk wel zinvol is. Het risico dat uit de volgende evaluatie blijkt dat ook de premiekorting niet het beoogde effect heeft, blijft hierdoor bestaan. Waarom zouden werkgevers deze regeling immers niet als een leuk extraatje beschouwen? Nu deze regeling de link met daadwerkelijke reïntegratie inspanningen in feite nog losser maakt, ligt het in de lijn van de verwachting dat ook hiervan geen noemenswaardige impuls zal uitgaan om in reïntegratiebevorderende maatregelen te investeren.

De aangedragen oplossingen zijn op dit punt onvoldoende doordacht. Zij spelen niet adequaat in op de factoren die werkgevers daadwerkelijk tot risicoselectie bewegen en houden daarmee het mechanisme dat tot uitsluiting van bepaalde groepen leidt, in stand. De kans is hierdoor groot dat de ene maatregel zich maar op de andere blijft stapelen met als gevolg dat de regelgeving op dit terrein alleen maar complexer en ondoorzichtiger wordt en bovendien haar doel (bevordering van arbeidsparticipatie van de beoogde doelgroep) voortdurend voorbij blijft schieten. Om deze doelstelling te realiseren is een andere aanpak nodig die zich veel explicieter dan nu het geval is richt op doorbreking van het bestaande uitsluitingsmechanisme. Dit vereist een grondige analyse van de obstakels die aan het in dienst nemen of houden van de beoogde doelgroep in de weg staan en het besef dat financiële prikkels daarop in ieder geval niet het antwoord zijn.<sup>70</sup>

### 5.5 *Regulering van de aanstellingskeuring*

Financiële prikkels zijn overigens niet het enige middel om onbedoelde gedragseffecten, zoals de neiging tot risicoselectie aan de poort van de onderneming, in te dammen. De eveneens in 1998 ingevoerde Wet op de Medische Keuringen beoogt hieraan bijvoorbeeld paal en perk te stellen door het gebruik van aanstellingskeuringen aan banden te leggen. Sinds 1998 zijn aanstellingskeuringen als gevolg hiervan alleen toegestaan als de werkgever iemand wil aanstellen in een functie die bijzondere eisen stelt aan de medische geschiktheid van de werknemer.<sup>71</sup> De wet schrijft verder voor dat werkgevers in de sollicitatiefase geen informatie mogen inwinnen over de individuele gezondheidstoestand.

68 De premiekorting bedraagt 1021 euro voor zowel de WAO-premies als de relevante premies die aan het AWF moeten worden afgedragen. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld over de verdeling van de korting over de relevante premies voor de verschillende regelingen. De budgetten bedroegen daarentegen gemiddeld fl. 8000,- per jaar. Zie voor deze bedragen art. 79b WAO en art. 82, 82a en 97c WW. Met deze nieuwe regeling kan, naar verwachting, een bezuiniging worden gerealiseerd van 332 miljoen gulden. Zie daarvoor bijv. TK 2001-2002, 28 016, nr. 22, p. 8.

69 TK 2001-2002, 28 016, A, p. 5.

70 Zie voor een andere benadering par. 9.

71 Art. 4 lid 1 en 2 WMK. Dit geldt ook voor keuringen bij het aangaan van (aanvullende) particuliere verzekeringen, zoals een verzekering die het risico van loonbetaling bij ziekte dekt of andere, aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, bijv. verzekeringen ter dekking van het 'WAO-gat'.

Het stellen van vragen over de gezondheidstoestand van de sollicitant is uitdrukkelijk voorbehouden aan de arbo-arts die de keuring verricht.<sup>72</sup> De WMK kiest daarmee voor een andere invalshoek. Voorkoming van risicoselectie is weliswaar een belangrijke doelstelling van de deze wet, maar de waarborgen die daarvoor in deze wet zijn neergelegd zijn primair geformuleerd vanuit privacy perspectief.<sup>73</sup>

Ook dit brengt echter de nodige problemen mee, die de bijdrage die de WMK in principe kan leveren aan verhoging van de arbeidskansen van mensen met gezondheidsproblemen, kan ondergraven. Zo biedt de WMK geen volledige garantie tegen selectie aan de poort. Het verbod om informatie in te winnen over de gezondheidstoestand belet werkgevers immers niet om uit het arbeidsverleden of de hobby's die iemand heeft (zoals een gevaarlijke sport) mogelijke gezondheidsrisico's af te leiden. Bovendien betekent het feit dat de werkgever niet naar de gezondheidstoestand mag vragen niet automatisch dat de aspirant werknemer daarover geen mededelingen hoeft te doen. Als hij beperkingen heeft die de uitvoering van de desbetreffende functie kunnen belemmeren dan brengen de regels van de precontractuele redelijkheid en billijkheid mee dat hij de werkgever daarvan in ieder geval in de eindfase van de onderhandelingen op de hoogte stelt. Alleen over medische beperking die voor de uitoefening van de functie niet rechtstreeks van belang zijn, mag worden gezwegen.<sup>74</sup>

Hoewel het doen van dit soort mededelingen, al was het maar met het oog op het treffen van eventuele werkvoorzieningen, van belang kan zijn om de kans op een duurzame arbeidsparticipatie te vergroten, kan deze mededelingsplicht de sollicitant toch voor een dilemma plaatsen. In het huidige bestel kunnen dit soort mededelingen namelijk ook tot gevolg hebben dat de werkgever de onderhandelingen afbreekt. Aldus wordt precies het tegenovergestelde resultaat bereikt. Het vrijblijvende karakter van het bestaande systeem werkt dit min of meer in de hand. De werkgever loopt immers hooguit financiële voordelen mis als hij besluit mensen met functionele beperkingen uit zijn arbeidsorganisatie te weren. Het systeem legt op werkgevers geen enkele plicht om een sollicitant aangepast werk aan te bieden, laat staan om te onderzoeken of bepaalde functionele beperkingen wellicht door een REA-voorziening zouden kunnen worden opgeheven. Alleen de genoemde financiële voordelen kunnen de werkgever in geval van twijfel over de streep trekken en doen besluiten om de sollicitant ondanks zijn beperkingen toch aan te nemen. Zoals al werd aangegeven is dat echter lang niet altijd voldoende om een succesvolle reïntegratie te realiseren. Ook hier schiet het instrumentarium om tot bevordering van arbeidsparticipatie te komen dus tekort.<sup>75</sup>

72 Art. 1a, 1 en 1 d WMK jo art. 14 lid 3, c Arb.wet. Zie ook: H. Rottier, Het poedeltje in de magnetron; enkele onderwerpen uit het wetsvoorstel Arbeidsomstandigheden 1998 kritisch beschouwd en C.A.M. Mul e.a., Methoden voor de reïntegratie van gedeeltelijk arbeidsongeschikten, SZW Den Haag Vuga 1995, p. 95 e.v.

73 Volgens de parlementaire stukken is de wet primair bedoeld om de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit van de keurling te beschermen: TK 1992-1993, 23 259, nr. 3, p. 1-3 en TK 1993-1994, 23 259 nr. 7, p. 1-2.

74 Zie daarover bijv. Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999, 99 en art. 7: 629 lid 3 a BW.

75 Zie over deze problematiek nader: A.C. Hendriks, Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten, Kluwer Deventer 1999, p. 199-203. Volgens Hendriks behoort de mededelingsplicht van de sollicitant te corres-



## 5.6 Voorlopig sluitstuk

### 5.6.1 Beperking van de toegang tot de WAO

Zoals te verwachten was, heeft het pakket positieve en negatieve financiële prikkels het gestaag groeiende beroep op de WAO niet kunnen stuiten. Het beroep op die wet is de laatste jaren ongestoord blijven toenemen. In juni 2000 werd daarom de adviescommissie Donner ingesteld. Deze commissie kreeg de opdracht het 'WAO-probleem' nu eens grondig door te lichten en op basis daarvan met wijzigingsvoorstellen te komen. Deze wijzigingsvoorstellen zijn inmiddels bekend.<sup>76</sup> Vertrekkend vanuit het standpunt dat de kern van het 'WAO-probleem' ligt in het feit dat veel mensen onnodig de WAO in worden gedreven doordat het proces dat uiteindelijk tot een WAO-uitkering leidt, al na een paar maanden vrijwel ongrijpbaar is voor alle betrokkenen, zet de commissie in op een systeemverandering. Zonder verandering van perspectief zal het 'WAO-probleem' volgens de commissie niet verdwijnen. Om dat probleem aan te pakken, moet het accent daarom verschuiven van ziekte naar arbeidsgeschiktheid en van uitkering naar werk. Daarvoor is een omslag nodig die voornamelijk door een andere visie op arbeidsongeschiktheid moet worden gerealiseerd. Volgens de adviescommissie is arbeidsongeschiktheid in deze tijd niet langer een toestand die zonder meer inkomensbescherming rechtvaardigt. Het is een toestand die meer en meer afhankelijk is geworden van de wil en de inzet van de daarbij betrokken partijen. Zolang er nog resterende arbeidsmogelijkheden zijn moet daarom alles in het werk worden gesteld om deze mogelijkheden te gelde te maken door deze om te zetten in werk. De WAO kan zo gereserveerd blijven voor degenen die geen reële arbeidsmogelijkheden meer hebben en dus écht arbeidsongeschikt zijn. Voor degenen die ondanks hun functionele beperkingen nog kunnen werken wordt loon het primaire alternatief. Lukt het niet om resterende arbeidsmogelijkheden om te zetten in werk, dan ligt overgang naar de werkloosheids- en de bijstandsregelingen in het verschiet.<sup>77</sup>

In wezen is deze systeemverandering opnieuw een variatie op hetzelfde thema. De voorgestelde herdefiniëring van het arbeidsongeschiktheidsbegrip is immers in feite een middel om mensen met functionele beperkingen met een financiële prikkel te stimuleren tot een grotere mate van arbeidsparticipatie. Slagen zij er niet in om aan het werk te blijven dan zal aanspraak moeten worden gemaakt op een werkloosheidsuitkering waardoor zij na verloop van tijd op het bestaansminimum aangewezen dreigen te raken. Het vooruitzicht van de forse inkomensachteruitgang die hiermee gepaard kan gaan, moet mensen met functionele beperkingen een extra stimulans geven om iedere kans op werk aan te grijpen. Het realiseren van een succesvolle werkhervatting krijgt hiermee een zwaar accent. In feite is dat een

ponderen met een plicht van de werkgever om te onderzoeken of het werk, al dan niet met een REA-voorziening, kan worden aangepast. Deze aanpassingsplicht van de werkgever behoort niet alleen te bestaan als de sollicitant uit eigen beweging melding maakt van voorzienbare functionele beperkingen, maar ook als hij een aanstellingskeuring heeft ondergaan en geclausuleerd positief is bevonden. Hij stelt voor deze verplichting in een aparte bepaling, bijv. in art. 12a WMK, vast te leggen. Zie daarvoor p. 298 van eerdergenoemd werk.

76 De Adviescommissie 'Donner' werd ingesteld bij besluit van 28 juni 2000. Haar rapport kwam uit op 31 mei 2001 onder de naam 'Werk maken van arbeidsgeschiktheid'.

77 Zie daarvoor bijv. p. 76-79 en 101-109 van het rapport *Werk maken van Arbeidsgeschiktheid*.

cruciale schakel in het hele plan. Zonder een snelle en doeltreffende omzetting van ziekteverzuim in werk bestaat immers een reëel gevaar dat het plan van de commissie Donner per saldo slechts leidt tot overheveling van mensen met functionele beperkingen naar de werkloosheidsregelingen, waardoor in de toekomst een 'werkloosheidsprobleem' dreigt te ontstaan. De commissie onderkent dit probleem, maar vindt dit geen reden om van haar plan af te zien. Zelfs als zou blijken dat het 'WAO-probleem' wordt doorgeschoven naar de werkloosheids- en de bijstandsregelingen dan is dat in haar ogen nog altijd winst omdat zo kan worden voorkomen dat allerlei problemen worden gemedicaliseerd en mensen daardoor onnodig worden afgeschreven. Van het voorstel afzien op grond van mogelijke nadelen voor betrokkenen, onopgeloste problemen of koudwatervrees betekent volgens de commissie gevangen blijven in het heden en dat is haar ogen nog een veel slechter plan.<sup>78</sup>

Over dit plan heeft de SER inmiddels advies uitgebracht. In dat advies heeft de SER het plan van de adviescommissie Donner in grote lijnen omarmd, zij het dat de SER wel heeft voorgesteld de scherpe kantjes daarvan hier en daar wat te verzachten.<sup>79</sup> In het Strategisch Akkoord 2002 heeft de inmiddels demissionaire regering dit SER-advies grotendeels overgenomen.<sup>80</sup> Uit het Hoofdlijnenakkoord van 16 mei 2003 blijkt dat het nieuwe kabinet zal voortgaan op dit pad.<sup>81</sup> Dat lag ook in de lijn van de verwachting. In de politieke kraam komt dit hervormingsplan namelijk goed van pas. Zonder twijfel zal dit plan er immers aan bijdragen dat het aantal WAO-gerechtigden in de toekomst eindelijk zal afnemen.

## 5.6.2 Flankerende maatregelen

Aan het 'verplaatsingsgevaar' dat het hervormingsplan voor de WAO kan meebrengen, wordt tot nu toe niet zwaar getild. Aangenomen wordt dat de inmiddels ook in werking

<sup>78</sup> Zie daarvoor 139-143 van het rapport *Werk maken van Arbeidsgeschiktheid*.

<sup>79</sup> Die verzachting heeft met name betrekking op het uitgangspunt dat het niet vinden van werk voor alle betrokkenen tot overgang naar het werkloosheidscircuit leidt. De SER maakt daartoe een onderscheid tussen mensen met lichte arbeidsbeperking (tot uiting komend in een arbeidsongeschiktheidspercentage van 0-35%) en mensen met een behoorlijke arbeidsbeperking (tot uiting komend in een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35-80%). Als wederzijdse reïntegratie inspanningen gedurende de eerste twee jaar niet tot werkhervatting leiden, valt de eerste groep zonder meer terug op de werkloosheidsregelingen, en aansluitend op de bijstand. De tweede groep kan in dat geval echter na afloop van de werkloosheidsuitkering, aanspraak blijven maken op een uitkering van 70% van het minimumloon. Zij krijgen dus niet met de middelentoets van de bijstandsregelingen te maken. Verder geldt voor deze groep dat, als ze wel aan het werk komen maar minder verdienen dan 70% van het vroegere loon, de werkgever het loon na twee jaar moet aanvullen tot 70% en daarvoor verplicht een particuliere verzekering moet afsluiten. De eerste twee jaar van het reïntegratieproces moet de werkgever op grond van art. 7:629 BW 70% van het loon doorbetalen. De loonbetalingsplicht bij ziekte wordt aldus met een jaar verlengd. Gedurende het tweede jaar mag deze 70% niet op grond van cao-afspraken worden aangevuld tot 100%. Aangenomen wordt dat de werknemer zo een extra prikkel zal krijgen om aan het werk te gaan. Zie voor deze regeling: SER advies, *Werken aan Arbeidsgeschiktheid*; voorstellen WAO beleid, van 22 maart 2002, publicatienummer 02/05.

<sup>80</sup> De verzachting dat mensen met een arbeidsongeschiktheidspercentage tussen 35 en 80% niet terugvallen op een bijstandsregeling is niet overgenomen. In navolging van de commissie Donner valt deze categorie, als ze na twee jaar niet aan het werk zijn, uiteindelijk terug op een met de IOAW vergelijkbare regeling waardoor na verloop van tijd alleen aanspraak op een uitkering kan worden gemaakt als het inkomen van betrokkene en zijn partner onder de bijstandsnorm uitkomt.

<sup>81</sup> Zie daarvoor p. 4 van het Hoofdlijnenakkoord en p. 16 en 17 van de bijlage bij dit akkoord.

getreden Wet Verbetering Poortwachter dit probleem voor een belangrijk deel zal onder-  
vragen.<sup>82</sup> Op grond van het voortschrijdend inzicht dat financiële prikkels niet vanzelf het  
gewenste gedragseffect hebben, heeft die wet de plichten van werkgevers en werknemers  
om tot een succesvolle werkhervatting te komen, nader geconcretiseerd en verder aan-  
gescherpt. Als gevolg hiervan zijn werkgevers sindsdien wettelijk verplicht om ervoor te  
zorgen dat zieke werknemers weer zo snel mogelijk aan de slag gaan in hun eigen (al dan  
niet aan hun beperkingen aangepaste) functie of in andere functie in het eigen bedrijf of een  
heel ander bedrijf.<sup>83</sup> Om dit te bewerkstelligen moeten werkgevers tijdig daarop toe-  
gesneden maatregelen nemen. Veel is mogelijk in dit verband als de maatregelen maar  
redelijk zijn en leiden tot een snelle terugkeer in het arbeidsproces. Concrete afspraken  
hierover moeten, in beginsel uiterlijk binnen acht weken na aanvang van het ziekteverzuim,  
worden vastgelegd in een plan van aanpak.<sup>84</sup> Het reïntegratieproces moet zo zichtbaar wor-  
den en partijen bovendien een basis geven om elkaar op gemaakte afspraken aan te spreken.  
Voor werknemers wordt dat nog eens extra onderstreept door de wettelijk plicht om mee te  
werken aan de opstelling en de uitvoering van het plan van aanpak. Verder is expliciet be-  
paald dat zij gevolg moeten geven aan redelijke reïntegratiebevorderende voorschriften van  
de werkgever en een passend werkaanbod van de werkgever moeten aanvaarden.<sup>85</sup>

Doel van deze regeling is te bevorderen dat het reïntegratieproces snel op gang komt en  
liefst voor het einde van het eerste ziektejaar succesvol is afgerond. Succesvol wil in dit  
verband zeggen dat er binnen een jaar een blijvende oplossing wordt gecreëerd zodat er  
geen beroep op de WAO hoeft te worden gedaan. Nieuwe sancties moeten verzekeren dat  
werkgevers en werknemers hun verantwoordelijkheid in dit verband ook echt nemen. Die  
sancties kunnen worden opgelegd aan het einde van het eerste ziektejaar als blijkt dat er  
onvoldoende inspanningen zijn gepleegd om tot een blijvende oplossing te komen. Dit  
wordt beoordeeld door het UWV op basis van een reïntegratieverslag dat uiterlijk vijftien  
weken voor het einde van het eerste ziektejaar moet worden opgemaakt.<sup>86</sup> Komt het UWV  
op basis van dit verslag tot de conclusie dat er door toedoen van de werkgever (nog) geen

82 Wet van 29 november 2001, Staatsblad 2001, 685, die in werking is getreden op 1 april 2002.

83 Dit is geregeld in het nieuwe art. 7: 658a lid 1 BW. Deze verplichting is overigens niet nieuw maar een  
codificatie van de jurisprudentie rond goed werkgever- en werknemerschap (art. 7: 611 BW) waaruit die  
verplichting voorheen werd afgeleid. Nieuw is wel dat die verplichting zich, sinds 1 januari 2003, ook tot een  
ander bedrijf kan uitstrekken en dat die verplichting blijft bestaan zolang er een dienstverband is. Zie daar-  
voor ook art. 8 lid 3 Wet REA.

84 Art. 7: 658a lid 2 BW en art. 71a lid 2 WAO. Op grond van de Regeling Procesgang Eerste Ziektejaar moet  
dit plan worden opgesteld als de arbo-arts heeft vastgesteld dat er sprake is van dreigend langdurend verzuim,  
d.w.z. van verzuim dat vermoedelijk langer dan zes weken gaat duren. De arbo-dienst maakt in dat geval een  
probleemanalyse en een advies voor een plan van aanpak dat er binnen zes weken na aanvang van het ver-  
zuim moet liggen. De werkgever is ervoor verantwoordelijk dat er vervolgens binnen twee weken een defini-  
tief plan van aanpak ligt, dat de goedkeuring van zowel de werkgever als de werknemer kan wegdragen. Van  
deze termijnen kan overigens worden afgeweken.

85 Art. 7:660a BW

86 Art. 71a lid 3 WAO en art. 3 Regeling Procesgang Eerste Ziektejaar. De werkgever moet dit verslag in  
overleg met de werknemer opstellen. Het reïntegratiedossier dat vanaf de zesde week van het verzuim moet  
worden bijgehouden, dient daarvoor als basis. Het verslag moet, met een eigen visie van de werknemer, en  
een onderdeel met medische en arbeidskundige informatie verzorgd door de arbo-dienst, door de werknemer  
worden ingediend bij het UWV tezamen met de aanvraag voor een WAO-uitkering (art. 34a WAO).

blijvende oplossing is bereikt, dan wordt de bal, via verlenging van de loonbetalingsplicht, teruggespeeld naar de werkvloer en blijft de deur naar de WAO gesloten. Afhankelijk van de aard en de ernst van de tekortkoming kan dit betekenen dat de werkgever zich nog maximaal een jaar moet inspannen om tot een succesvolle reïntegratie te komen.<sup>87</sup> Ligt het aan de werknemer dat er na een jaar nog geen blijvende oplossing is gevonden, dan kan dit, wederom afhankelijk van de aard en de ernst van de tekortkoming, met een tijdelijke of blijvende verlaging of weigering van de WAO-uitkering worden gesanctioneerd.<sup>88</sup> Anders dan de werkgever, kan de werknemer ook tijdens het eerste jaar met sancties worden geconfronteerd. Weigert de werknemer zonder deugdelijk grond mee te werken aan redelijke reïntegratiebevorderende maatregelen, aan de aanvaarding van een passend werkaanbod of aan de opstelling of uitvoering van het plan van aanpak, dan kan de werkgever namelijk of stoppen met de loonbetaling of een ontslagvergunning aanvragen.<sup>89</sup> Werknemers kunnen zo behoorlijk onder druk worden gezet om actief aan hun reïntegratie mee te werken.

Of op deze manier het beoogde doel kan worden bereikt, valt opnieuw te betwijfelen. Mogelijk is uiteraard dat een verhoogde druk werkgevers en werknemers inderdaad zal aanzetten tot een snelle omzetting van ziekteverzuim in werk zodat een beroep op de WAO achterwege kan blijven. Mogelijk is echter ook dat de dynamiek van dit systeem per saldo leidt tot versterking van de arbeidsrelatie en zo uiteindelijk, via een voortdurend gesteggel over de vraag of voorstellen tot reïntegratie wel redelijk en/of passend zijn, uitmondt in beëindiging van het dienstverband.

Een ander zwak punt van deze regeling is dat het welslagen daarvan wederom erg afhankelijk is van het sturende effect van financiële prikkels. Vooral het vooruitzicht dat bij onvoldoende inspanning de loonbetalingsplicht kan worden verlengd dan wel loonverlies, ontslag en verlaging of weigering van de WAO-uitkering dreigt, moet immers waarborgen dat werkgevers en werknemers hun reïntegratieverplichtingen serieus nemen. Afgezien van de vraag of dit nu wel de meest effectieve manier is om een succesvolle werkhervatting te bereiken, kan het beoogde effect daarvan ook op een andere manier worden ondermijnd. Willen de sancties het gewenste gedragseffect hebben, dan is daarvoor immers onder meer vereist dat de gepleegde reïntegratie inspanningen toetsbaar zijn. De manier waarop die inspanningen worden gedocumenteerd is daarbij een essentiële factor. Bij de voorganger van de Poortwachterregeling, het verplichte reïntegratieplan, bleek juist dit een zwak punt te zijn. Werkgevers laptten die verplichting op grote schaal aan hun laars, zodat onvoldoende reïntegratie inspanningen niet of nauwelijks konden worden gesanctioneerd. Of de Poortwachterregeling voldoende kracht heeft om hierin verandering te brengen, is maar de vraag. Doeltreffende instrumenten daarvoor ontbreken immers. Het daaraan verbonden sanctieapparaat dreigt hierdoor, net als voorheen, een tandenloze tijger te worden. Nu dit op

87 Art. 71a lid 9 WAO jo art. 7: 629 lid 11, c BW.

88 Art. 25 jo 28, g en h WAO.

89 Art. 7: 629 c, d en e BW resp. art. 7: 670b lid 3 BW. De werkgever is vrij om te kiezen welke van deze twee sancties hij het meest opportuun vindt. Om te voorkomen dat al te gemakkelijk naar het ontslagmiddel wordt gegrepen moet het CWI het UWV inschakelen bij de beoordeling of een ontslagvergunning zal worden verleend (art. 5:4 Ontslagbesluit, ingevoegd op grond van het ministeriële besluit van SZW van 12 maart 2002, Staatscourant 2002, p. 19).

basis van ervaringen in het verleden had kunnen worden voorzien, is het toch op zijn minst opmerkelijk dat ook op dit punt wordt voortgeborduurd op een oud patroon. Het risico dat het beoogde effect uitblijft wordt daarmee opnieuw op de koop toegenomen.<sup>90</sup>

## 5.7 *Onduidelijkheid over controle en reïntegratieverplichtingen*

### 5.7.1 Reikwijdte van de informatieplicht

Verschuiving van de financiële verantwoordelijkheid voor bestrijding van ziekteverzuim naar het bedrijfsleven, brengt ook de andere problemen mee, bijvoorbeeld problemen in de sfeer van de informatieverstrekking. Met het oog op de loonbetalingsplicht bij ziekte en de daaraan verbonden reïntegratieverplichtingen, heeft de werkgever er bijvoorbeeld belang bij te weten of de werknemer wel écht ziek is (en hij dus loon moet doorbetalen) en welke beperkingen daaruit voortvloeien zodat hij daarop zijn reïntegratie activiteiten kan afstemmen. Hiervoor is privacygevoelige, veelal medische informatie nodig, waarover in principe alleen de werknemer en de arbo-arts beschikken. Als de werknemer niet wil dat dit soort informatie bij de werkgever terechtkomt, kan dit de werkgever behoorlijk belemmeren in zijn controle en reïntegratie activiteiten. Op zijn beurt kan dit onvrede en allerlei spanningen oproepen die de arbeidsrelatie gemakkelijk kunnen verstoren.

Om dit te voorkomen is bij de uitbreiding van de loonbetalingsplicht tot het gehele eerste ziektejaar veel impliciet geregeld. De gedachte dat te veel nadruk op de privacybescherming de mogelijkheden om ziekteverzuim snel en adequaat aan te pakken zou kunnen frustreren, is hierbij een belangrijke drijfveer geweest. Maar dat heeft wel een prijs. Zo heerst er als gevolg daarvan bijvoorbeeld veel onduidelijkheid over de reikwijdte van de rechten en plichten op het gebied van controle en reïntegratie.<sup>91</sup> Op grond van de wet heeft de werkgever bijvoorbeeld het recht om controlevoorschriften op te stellen, mits deze redelijk (dat wil zeggen niet onnodig belastend) zijn en slechts betrekking hebben op het verkrijgen van inlichtingen die nodig zijn om het recht op loon te kunnen vaststellen.<sup>92</sup> Duidelijk is dat die inlichtingen niet zover mogen gaan dat de werknemer mededelingen moet doen over de aard van zijn ziekte. Onduidelijk is echter of de verplichting om inlichtingen te verstrekken ook de verplichting omvat om een medisch onderzoek te ondergaan.<sup>93</sup> Duidelijk is slechts dat de werknemer inlichtingen over zijn gezondheidstoestand moet verstrekken aan de arts die moet beoordelen of er sprake is van arbeidongeschiktheid.

90 Tekenend in dit verband is dat inmiddels al is gebleken dat in 75% van de gevallen waarin een reïntegratieverslag moest worden opgestuurd, dat verslag niet deugde of domweg ontbrak. Volgens het UWV werd in sommige gevallen volstaan met een handgeschreven stukje papier waaruit niets op te maken viel: NRC 6 maart 2003, p. 14.

91 Zie hierover nader: J.K.M. Gevers, De bedrijfsarts en de uitwisseling van medische gegevens bij ziekteverzuim, SMA 1996, p. 683-695; J.C.J. Dute, De privatisering van de ZW/WAO en de bescherming van de medische gegevens, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1996/1998, p. 467-479 en J. Riphagen, Ziekteverzuim, controle en privacy, in: Arbeidsrecht en Mensbeeld, C.J. Loonstra (red.), Deventer Kluwer 1996, p. 61-76.

92 Art. 7: 629 lid 5 BW.

93 TK 1995-1996, 24 439, nr. 3, p. 21.

Voor zijn beslissing om de loonbetaling bij ziekte voort te zetten is de werkgever in hoge mate afhankelijk van de bevindingen van de controlerend arts. Van die arts mag dan ook worden verwacht dat hij de werkgever relevante informatie verschaft. Met het oog op de privacybescherming moet de arts zich daarbij in principe onthouden van mededelingen over de aard van ziekte. In theorie moet hij zich beperken tot de conclusies van zijn bevindingen. Vooral als er onduidelijke klachten in het geding zijn, kan dit bij werkgevers een gevoel van onbehagen veroorzaken. Zij moeten dan afgaan op het oordeel van de arbo-arts, ook als zij er niet van overtuigd zijn dat dit oordeel juist is. Het liefst zouden ze er dan zelf 'boven op' zitten, maar het belang van de werknemer bij bescherming van zijn privacy staat daaraan in de weg. Dit kan een bron van spanning opleveren die de wetgever nu juist wilde voorkomen. In de praktijk kan dit meebrengen dat toch zal worden geprobeerd de gewenste informatie te bemachtigen. De manier waarop de privacybescherming is geregeld biedt daarvoor mogelijkheden. Als puntje bij paaltje komt, is deze regeling namelijk niet waterdicht. Met het oog op de reïntegratieverplichtingen van de werkgever mag bijvoorbeeld wel kenbaar worden gemaakt welke functionele beperkingen de werknemer heeft en mag ook een belastbaarheidsprofiel worden overhandigd.<sup>94</sup> In die situatie kan het beroepsgeheim van de arts dus worden doorbroken. Niet uitgesloten is dat privacygevoelige informatie, zoals informatie over de aard van de ziekte, zo via deze omweg toch bekend wordt. De mate waarin de privacy van de werknemer in concrete situaties wordt beschermd, hangt hierdoor in wezen sterk af van de omstandigheden van het geval.<sup>95</sup>

### 5.7.2 Reikwijdte van de medewerkingsplicht

De grenzen zijn nog onduidelijker waar het gaat om de vraag in hoeverre de werknemer aan controle of reïntegratie activiteiten van de werkgever moet meewerken. Dit wordt onder meer veroorzaakt door het feit dat de werkgever dit zo nodig met sancties kan afdwingen, mits zijn activiteiten berusten op 'redelijke' voorschriften en de werknemer geen 'deugdelijke gronden' heeft om medewerking daaraan te weigeren.<sup>96</sup> Deze formuleringen geven echter weinig houvast wanneer het gaat om de vraag wat in concrete omstandigheden nu precies van de werknemer kan worden verlangd. Afgezien van het feit dat ook dit een bron van spanning en conflicten kan opleveren, is het maar de vraag of deze onduidelijkheid juridisch wel door de beugel kan. Nu de sancties die aan het niet voldoen aan deze verplichting zijn verbonden kunnen meebrengen dat de werknemer zich min of meer gedwongen voelt om privacygevoelige informatie prijs te geven of een onderzoek te ondergaan, valt bijvoorbeeld te betwijfelen of deze regeling de toets van art. 8 EVRM wel kan

94 Art. 21 lid 1, f WBP bepaalt dat de arbo-dienst dit soort gegevens mag verstrekken voorzover dat noodzakelijk is voor de vaststelling van het recht op loon en de reïntegratie of begeleiding van zieke werknemers. Er is een amvb aangekondigd waarin nadere invulling zal worden gegeven aan dit noodzakelijkheids-criterium (art. 21 lid 5 WBP).

95 Zie nader over deze problematiek: H. Uhlenbroek, Het beroepsgeheim van de bedrijfsarts, in *Arbeidsrecht* 2003/2, p. 3-11.

96 Zie daarvoor nader art. 7: 629 lid 6 BW en art. 7: 660a en 7: 670b lid 3 b BW.

doorstaan. Op grond daarvan moeten bepalingen die inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer bijvoorbeeld voldoende specifiek zijn en dat zijn deze bepalingen niet.<sup>97</sup>

Door niet expliciet aan te geven wat van betrokkenen op reïntegratiegebied mag worden verlangd, heeft de wetgever een steek laten vallen. Op grond van de kwaliteitseisen voor wetgeving moet de wetgever immers steeds nagaan of zijn producten wel in overeenstemming zijn met grondrechtelijke bepalingen, waaronder art. 8 EVRM. Bij de totstandkoming van deze regeling heeft de wetgever echter de kool (het privacybelang van de werknemer) en de geit (de behoefte van de werkgever aan duidelijkheid) willen sparen en zo voor het bedrijfsleven een werkbare regeling in het leven willen roepen. Door de onduidelijkheid die deze regeling creëert is de wetgever daarin echter niet geslaagd. In plaats van een werkbare regeling is er een regeling tot stand gebracht die juridische mankementen vertoont en bovendien, via allerlei spanningen en conflicten, de arbeidsrelatie behoorlijk kan verstoren. Per saldo ontstaat hierdoor een groter risico op ontslag. De uiteindelijk doelstelling te bevorderen dat mensen waar mogelijk aan het werk blijven en niet hoeven terug te vallen op een uitkering wordt zo op losse schroeven gezet. Ook op dit punt is de totstandgekomen wetgeving dus niet goed doordacht.

## 5.8 *Botsende grondrechten*

### 5.8.1 Het recht op privacy versus het recht op een eerlijke procesgang

Het belang van de werknemer bij bescherming van zijn privacy kan ook in een andere situatie botsen met werkgeversbelangen. Door de PEMBA-regeling heeft de werkgever er bijvoorbeeld financieel belang bij om te weten of toekenning van een WAO-uitkering aan een werknemer wel op terechte gronden geschiedt. Is de werkgever eigen risicodragers, dan kan toekenning van een WAO-uitkering immers betekenen dat de werkgever deze uitkering gedurende vijf jaar aan de werknemer moet uitbetalen. Is de werkgever geen eigenrisicodragers, dan kan een dergelijke toekenning tot een verhoogde WAO premie leiden. Gelet op deze financiële consequenties ligt het in de lijn der verwachting dat de werkgever, bij twijfel aan de juistheid van de toekenningsbeslissing, gebruik zal maken van zijn recht om bezwaar en beroep in te stellen.<sup>98</sup> Om over de juistheid van de toekenningsbeslissing een

97 Twijfelachtig is bovendien of deze manier van doen wel een geschikt en noodzakelijk middel is om het beoogde doel (doeltreffende aanpak van het ziekteverzuim) te bereiken. Dit hangt samen met de noodzakelijkheidseis die art. 8 lid 2 EVRM stelt aan beperkingen van klassieke grondrechten. Zie hierover nader onder meer: I van der Helm, Privacy bij private en publieke reïntegratie: nadere regulering noodzakelijk voor de privacybescherming?, SR 2003/2, p. 56.

98 Van belang hierbij is dat bij de invoering van de PEMBA het beperkte belanghebbende begrip is vervangen door het algemene belanghebbende begrip van art. 1:2 Awb. Hierdoor geldt voor alle besluiten op grond van de WAO dat degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken, daartegen beroep kan instellen. De CRvB heeft inmiddels uitgemaakt dat de aanwezigheid van een voldoende, concreet en actueel belang wordt verondersteld als de werkgever bezwaar of beroep instelt tegen een besluit dat één van zijn werknemers aanspraak geeft op een WAO-uitkering: CRvB 13 februari 2002, USZ 2002, 98, 100-102. De administratieve rechter heeft hiermee gekozen voor een pragmatisch standpunt. Dit, wellicht vanuit de gedachte dat het voor rechters ondoenlijk zou zijn om per geval uit te zoeken of er wel sprake is van een rechtstreeks belang: Zie hiervoor bijv. B.J. van Ettehoven, De medische besluitenregeling in de WAO kraakt, Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade, 1999, p. 59-63.

oordeel te kunnen vellen, is echter inzage vereist in alle relevante stukken die aan het toekenningsbesluit ten grondslag hebben gelegen. Nu medische gegevens daarvan een belangrijk onderdeel vormen staat dat echter op gespannen voet met het belang van de werknemer bij bescherming van zijn privacy. Dit roept de vraag op welk belang in dit soort situaties moet prevaleren: dat van de werkgever op een eerlijk proces of dat van de werknemer op bescherming van zijn persoonlijke levensfeer.

Voor invoering van de PEMBA is deze vraag al aan de rechter voorgelegd. Dit, in verband met de malusregeling, op grond waarvan de werkgever in principe een aantal malen het maandsalaris van de werknemer moest betalen als de werknemer recht kreeg op een WAO-uitkering. De CRvB besliste hieromtrent dat bij botsing tussen het recht van de werkgever op een eerlijke procesgang, verankerd in art. 6 EVRM, en het recht van de werknemer op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer, verankerd in art. 8 EVRM, per geval moet worden beoordeeld in hoeverre het privacy belang van de werknemer moet leiden tot uitsluiting of beperking van de kennisname van bepaalde stukken door of namens de werkgever.<sup>99</sup> Omdat dit kan betekenen dat niet kan worden aangetoond dat aan alle voorwaarden voor oplegging van een malus is voldaan, heeft de wetgever besloten de malusregeling af te schaffen.<sup>100</sup> Maar daarbij is het niet gebleven. De wetgever heeft vervolgens gezocht naar een alternatief en dat alternatief heeft zijn beslag gekregen in de PEMBA-regeling. Qua effect lijkt deze regeling sterk op de malusregeling. Het probleem van botsende grondrechten in een eventuele procedure kwam hiermee weer in volle omvang op tafel te liggen.

### 5.8.2 De medische besluitenregeling

De wetgever heeft dit probleem onderkend en als oplossing hiervoor een speciale procedure in het leven geroepen voor bezwaar en beroepszaken waarin een medische beoordeling in het geding is: de medische besluitenregeling.<sup>101</sup> In de kern komt deze regeling hierop neer dat de werkgever alleen medische stukken mag inzien als de werknemer daarin schriftelijk toestemt. Ontbreekt die toestemming of wordt die ingetrokken dan mogen medische gegevens slechts worden verstrekt aan een gemachtigde van de werkgever die arts is. De advocaat van de werkgever mag die stukken dus niet inzien. Voor deze regeling is bewust gekozen ter bescherming van de privacy van de werknemer. Een advocaat beschikt namelijk in de regel niet over de vereiste medische deskundigheid en bovendien is zijn beroepsgeheim van een andere orde dan het beroepsgeheim van een arts.<sup>102</sup> Deze regeling heeft tot gevolg dat alleen de arts-gemachtigde in de plaats van de werkgever kan treden bij het opstellen van het bezwaar- en beroepschrift en de behandeling daarvan. Zodra het medisch dossier ter zitting wordt besproken, moeten de werkgever en diens advocaat de rechtszaal als gevolg hiervan verlaten; de zitting vindt op dit punt dus met gesloten deuren plaats. Deze regeling heeft verder tot gevolg dat de arts-gemachtigde, op grond van zijn beroepsgeheim, een vergaande zwijgplicht heeft ten opzichte van de werkgever.

99 CRvB 15 februari 1995, AB 1995, 426 en RSV 1996, 214.

100 Wet Afschaffing Malus en Bevordering Reïntegratie, van 1 juli 1995, Staatsblad 1995, 560.

101 Art. 88-88i WAO.

102 Hiermee werd art. 8: 32 lid 2 Awb, dat de vraag of een arts of een advocaat inzage moet krijgen in het medisch dossier overlaat aan de rechter, bewust buiten toepassing gelaten.



De wetgever heeft gemeend dat het belang van de werkgever bij een eerlijke procesgang en het belang van de werknemer bij bescherming van zijn privacy op deze manier zo goed mogelijk met elkaar zijn verzoend.<sup>103</sup> Toch rijst de vraag of de wetgever bij de afweging van de belangen die deze grondrechten beogen beschermen wel het juiste evenwicht heeft gevonden. Weliswaar waarborgt de medische besluitenregeling, door het recht op inzage uitdrukkelijk voor te behouden aan een arts, dat de inbreuk op de privacy van de werknemer zo beperkt mogelijk blijft, maar verhoudingsgewijs is de vraag of deze regeling wel voldoende recht doet aan het werkgeversbelang op een eerlijke procesgang er bekaaid afgekomen. Eigenlijk is dat nauwelijks onderzocht.

### 5.8.3 Toereikende oplossing?

Inmiddels is deze onevenwichtigheid ter toetsing aan de rechter voorgelegd. In de uitspraken die daarop volgden, heeft de rechter geoordeeld dat de medische besluitenregeling op een aantal punten niet voldoet aan de elementaire eisen van art. 6 EVRM. Zo kwam de CRvB kort na inwerkingtreding van de PEMBA al tot de conclusie dat het principe dat de zitting, zodra het medisch dossier op tafel komt, met gesloten deuren plaatsvindt geen recht doet aan het door art. 6 EVRM beschermde recht op een eerlijke procesgang. Dat recht brengt namelijk mee dat partijen in gelijke mate moeten kunnen kennisnemen van de processtukken en ter zitting hun eigen standpunt aan de rechter moeten kunnen voorleggen. Dat kan de werkgever op deze manier echter niet. Hoewel dit niet in overeenstemming is met art. 6 EVRM, verklaarde de CRvB de medische besluitenregeling niet buiten toepassing. In plaats daarvan werd de regeling bijgesteld en wel in die zin dat de rechter voortaan ambtshalve of op verzoek van partijen kan besluiten om de deuren te openen.<sup>104</sup> Of de regeling hiermee volledig in overeenstemming is met art. 6 EVRM blijft echter de vraag. Het EHRM gaat namelijk uit van het principe dat de zitting openbaar is, tenzij... In wezen is de uitzondering nu verheven tot regel, zij het daarvan op verzoek van partijen of bij rechterlijk besluit kan worden afgeweken. Wordt deze afwijkingsmogelijkheid niet benut, dan is de zitting gesloten voor één van de partijen en, daarmee, in strijd met art. 6 EVRM.

Een tweede punt dat ter toetsing aan de rechter is voorgelegd, is of het uitgangspunt dat, als de werknemer inzage in het medisch dossier weigert alleen een arts-gemachtigde dit dossier mag inzien, wel overeind kan blijven. De CRvB oordeelde ook op dit punt dat dit in principe niet het geval is. De werkgever wordt zo immers het recht ontnomen om zijn eigen standpunt in rechte naar voren te (doen) brengen. De arts-gemachtigde treedt namelijk niet op namens, maar in plaats van de werkgever. Hij zal daardoor niet altijd het standpunt van werkgever zelf verwoorden, maar eerder zijn eigen standpunt aan de rechter voorleggen. Dat standpunt hoeft echter niet noodzakelijkerwijs te stroken met hetgeen de werkgever zelf in de procedure ter berde zou willen brengen. Hoewel ook deze gang van zaken niet voldoet aan het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke procesgang, verklaarde de CRvB de medische besluitenprocedure ook dit keer niet buiten toepassing. In plaats daarvan koos de CRvB ervoor het geconstateerde gebrek te repareren door toe te

103 TK 1995-1996, 24 698, nr. 3, p. 30 en 52 en nr. 9, p. 105.

104 CRvB 25 februari 1998, USZ 1998, 96 m. nt. M. Driessen en RSV 1998, 106, m. nt. A.J. van der Kris.

staan dat naast de arts-gemachtigde ook de advocaat van de werkgever kennis kan nemen van de medische stukken, ten minste, als de rechter dat opportuun vindt.<sup>105</sup> De belangenafweging bij botsende grondrechten komt zo bij de rechter te liggen.<sup>106</sup>

Of het geconstateerde knelpunt daarmee voldoende is ondervangen, blijft echter de vraag. Als de rechter de advocaat van de werkgever het recht verleent om de medische stukken in te zien, treedt de advocaat immers, net als de arts-gemachtigde, in de plaats van de werkgever. Als de zitting met gesloten deuren plaatsvindt, blijft hierdoor het probleem bestaan dat de werkgever zijn eigen standpunt niet in de procedure kan inbrengen waardoor de rechter wellicht geen inzage krijgt in alle voor zijn besluitvorming relevante feiten.<sup>107</sup> Bovendien brengt de door de CRvB gekozen oplossing mee dat de advocaat eerst in de beroepsprocedure kan worden ingeschakeld. Het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijke procesgang is namelijk niet van toepassing op de bezwaarfase.<sup>108</sup> In die fase is het recht om medische stukken in te zien dus nog steeds voorbehouden aan een gemachtigde van de werkgever die arts is. Dit impliceert onder meer dat de beroepsgronden, voor zover die betrekking hebben op medische gegevens, door deze arts zullen worden geformuleerd. De advocaat kan de verdediging pas overnemen als de rechter daartoe in de beroepsfase beslist. De positie van de advocaat wordt er hierdoor niet gemakkelijker op. In principe vormen de door de arts-gemachtigde geformuleerde argumenten, ingebracht in de bezwaarfase, immers de grondslag voor de beroepsprocedure. Of de advocaat deze in de beroepsfase zo nodig nog kan omvormen in meer juridisch getinte argumenten is daarom maar de vraag. Niet uitgesloten is hierdoor dat het recht op een eerlijke procesgang, ondanks de rechterlijke reparatie, in concrete situaties toch niet altijd voldoende gewaarborgd zal zijn.

Of de medische besluitenregeling na deze rechterlijke reparatie nog wel in overeenstemming is met art. 8 lid 2 EVRM is eveneens onzeker. Op grond daarvan moet het verstrekken van medische informatie aan derden immers noodzakelijk zijn om het recht op een eerlijke procesgang te waarborgen. Verstrekking van medische gegevens aan een arts-gemachtigde is hiermee in overeenstemming, maar of hetzelfde geldt voor een advocaat valt te betwijfelen. De geheimhoudingsplicht van een advocaat is immers van andere orde dan die van een arts.<sup>109</sup> Op grond van deze haken en ogen lijkt het gerechtvaardigd te concluderen dat de medische besluitenregeling, ondanks de rechterlijke reparaties, nog steeds rammelt. Dit had kunnen worden voorkomen als de wetgever bij de totstandkoming

105 CRvB 20 juli 2001, USZ 2001, 297-200 m. nt. B. Barentsen; RSV 2001, 205/206 en AB 2001, 252/253 m.nt. F. Pennings.

106 Door uitsluiting van art. 8: 32 lid 2 Abw had de wetgever een dergelijke belangenafweging per geval, omwille van de rechtszekerheid, willen voorkomen: TK 1995-1996, 24 698, nr. 3, p. 52.

107 Zie hierover nader ook: M.J.A.C. Driessen, Pemba onmogelijk?, SR 2002/11, p. 294.

108 In die fase gelden hierdoor minder vergaande waarborgen dan in de beroepsfase, maar de rechter vond het niet aan hem om dit onderscheid op te heffen: CRvB 13 februari 2002, USZ 98, 100, 101, m. nt. M. Driessen.

109 Zie hiervoor art. 7 van Aanbeveling R (97) 5 van de Raad van Europa die kan worden beschouwd als een nadere uitwerking van de evenredigheidstoets die besloten ligt in art. 8 lid 2 EVRM. Vgl. ook het standpunt van de wetgever die alleen verstrekking van en inzage in medische informatie door de arts-gemachtigde een proportionele maatregel vond die nodig is om het recht op een eerlijke procesgang te waarborgen.

van deze regeling zorgvuldiger was nagegaan of en zo ja hoe de medische besluitenregeling zich verhoudt tot de elementaire eisen van art. 6 EVRM. Dat had wellicht in eerder stadium duidelijk kunnen maken dat het vinden van een zeker evenwicht tussen art. 6 en art. 8 EVRM vereist dat steeds per geval een afweging tussen deze beide grondrechten wordt gemaakt. Deze regeling had zo aan kwaliteit kunnen winnen en allerlei rechterlijke reparaties achteraf overbodig kunnen maken.

## 6. Recht zonder ruggengraat?

### 6.1 *Rol van de kwaliteitseisen voor wetgeving*

De wetgeving die de laatste jaren in het kader van de modernisering van het stelsel van sociale zekerheid is verschenen, stemt niet vrolijk. Die wetgeving is immers nauwelijks effectief, inconsistent, ondoorzichtig, onnodig complex en op vele punten juridisch ondoordacht.<sup>110</sup> Dit lijkt erop te wijzen dat de wetgever het niet zo nauw neemt met de eisen die aan de kwaliteit van wetgeving worden gesteld. De uitkomsten van het wetgevingsproces wekken in ieder geval de indruk dat bij diverse wijzigingen wel erg snel is aangenomen dat aan die kwaliteitseisen zou zijn voldaan. Dit, hoewel daarop, gezien het uiteindelijke resultaat, wel het één en ander valt af te dingen. Vooral op het punt van de vereiste doeltreffendheid, de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en de rechtmatigheid schiet de totstandgekomen wetgeving tekort.<sup>111</sup> Op zich geeft dit te denken. De kwaliteitseisen voor wetgeving hebben namelijk onder meer tot doel om de kwaliteit van beleidsinstrumentele wetgeving te verbeteren. Volgens de toelichting is er, mede door de snelheid waarmee dit soort wetgeving meestal tot stand komt, juist bij beleidsinstrumentele wetgeving een reëel gevaar dat die wetgeving niet voldoende wordt doordacht en daardoor leidt tot regelverdichting en een gebrek aan effectiviteit.<sup>112</sup> Dat nu is precies wat er op het terrein van de sociale zekerheid is gebeurd.

Helemaal onverklaarbaar is dit overigens niet. Daar waar het wetgevingsproces wordt gedomineerd door politieke en beleidsinstrumentele doelstellingen, zoals bij de moderni-

<sup>110</sup> Dit was ook het oordeel van P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht; over beginselen van rechtsvorming en hun werking*, Deventer Tjeenk Willink 2001, p. 48-51. In dit preadvies voor de NJV vergeleken zij de activiteiten van de wetgever met een windvaan die meedraait met de politieke wind; nu eens dit en dan weer dat.

<sup>111</sup> De eis van doeltreffendheid vereist dat bijv. steeds wordt nagegaan of de voorgestelde regeling ook daadwerkelijk tot realisering van de daarmee beoogde doelstelling zal leiden en of die doelstelling wel helder en duidelijk is geformuleerd (zie daarvoor de aanwijzingen voor de regelgeving nr. 7 onderdeel b en de nota Zicht op Wetgeving, TK 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 25). Het voorafgaande geeft aan dat deze eis bijv. bij de WULBZ, de WVP en de Wet REA niet zorgvuldig is getoetst. De eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid houdt onder meer in dat wordt onderzocht of de ruimte voor interpretatieverschillen en conflicten wel zo beperkt mogelijk is gehouden (zie daarvoor met name de aanwijzingen voor de regelgeving nr. 11 en 12). Uit het voorafgaande blijkt dat juist is gekozen voor vele open normen. De eis van rechtmatigheid vereist onder meer dat wordt onderzocht of de voorgestelde regeling in overeenstemming is met hogere regels (zie daarvoor de nota Zicht op Wetgeving, TK 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 24 en aanwijzing voor de regelgeving nr. 18). Par. 5.7 en 5.8 laten zien dat dit niet steeds zorgvuldig is gebeurd.

<sup>112</sup> Nota Zicht op Wetgeving, TK 1990-1991, 22 008, nr. 1-2, p. 16-19.

seringswetgeving in de sfeer van de sociale zekerheid het geval is, dreigt namelijk het gevaar dat de beoordeling of een bepaalde maatregel aan de kwaliteitseisen voor wetgeving voldoet, wordt gekleurd door die doelstellingen. De mate waarin aan die eisen wordt voldaan wordt zo al snel gewogen in het licht van de bijdrage die een bepaalde maatregel kan leveren aan de verwezenlijking van, in dit geval, overwegend financieel-economische belangen. Andere aspecten dreigen zo onderbelicht te blijven. Dat wordt nog eens versterkt wanneer die doelstellingen een dubbele bodem hebben. Het wordt dan immers wel erg lastig om vast te stellen of de voorgenomen regeling wel zal beantwoorden aan het beoogde doel. Immers, aan welk doel moet dat dan worden getoetst? De gegeven voorbeelden geven aan dat men in zo'n situatie al gauw geneigd is de voorgestelde maatregel het voordeel van de twijfel te gunnen en genoeg te nemen met reparaties om eventuele onbedoelde effecten te ondervangen.<sup>113</sup>

## 6.2 *Rol van het juridisch kader*

De gegeven voorbeelden laten ook zien dat de juridische grenzen van een bepaalde maatregel vaak niet voldoende worden afgetast. In het krachtenspel dat zich in ieder wetgevingsproces manifesteert, prevaleren politieke en financieel-economische overwegingen veelal boven de puur juridische. Ook dit is niet zo gek. Het juridisch kader dat in het wetgevingsproces in aanmerking moet worden genomen laat de wetgever immers ruime beleidsvrijheid om bij de afwegingen die in dat proces moeten worden gemaakt, prioriteit te geven aan relevante politieke en financieel-economische doelstellingen. Dat het juridisch kader voornamelijk wordt gevormd door sociale grondrechten is hierbij een belangrijke factor. Het feit dat die grondrechten veelal zijn geformuleerd als instructienormen maakt hun rechtskarakter namelijk onduidelijk. Weliswaar is bij de totstandkoming van de herziene Grondwet in 1983 met verve verdedigd dat sociale grondrechten rechtsnormen zijn, maar in werkelijkheid wordt de normatieve betekenis daarvan veelal gebagatelliseerd.<sup>114</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de herziene Grondwet is ook aangegeven dat deze rechtsnormen bij de gedachtewisseling in de Staten Generaal in aanmerking moeten worden genomen en dus uitdrukkelijk in de belangenafweging moeten worden betrokken.

<sup>113</sup> Zie hierover nader bijv. J.G.A. van Mierlo, *De wereld gaat aan beleid ten onder; over beleidsfalen in de publieke sector en wat daaraan te doen*, Maastricht Universitaire Pers 2000, p. 13-31.

<sup>114</sup> Volgens de regering blijkt het rechtskarakter van de sociale grondrechten onder meer uit het feit dat opname van de grondrechten in de grondwet de overheid verplicht om 'zodanige voorzieningen te treffen dat de maatschappelijke werkelijkheid zoveel mogelijk in overeenstemming is met hetgeen de sociale grondrechten aan de burger beogen te verzekeren': TK 1975-1976, 13 873, nr. 3, p. 7. Zie over de twijfel over het rechtskarakter bijv. M.C. Burkens, *Grondrechten in een nieuwe Grondwet*, NJB 1976, p. 701-716. Burkens spreekt in dit verband over 'amorf beleidsdirectieven waarvan de rechtswerking in schemerduister gehuld blijft'. Dezelfde schrijver noemt het voor de relevantie van de sociale grondrechten symptomatisch dat daarvan geen enkele sturende werking is uitgegaan bij de herziening van het stelsel van sociale zekerheid in 1987: M.C. Burkens, *Gegeven de Grondwet, CSW-bundel*, Deventer Kluwer 1988, p. 56. Over het rechtskarakter van sociale grondrechten kan echter ook anders worden gedacht. Zie daarover bijv. H.J.L.M. van de Luytgaarden: *Sociale grondrechten in ontwikkeling*, TvO 1989/7, p. 128-132; F. Vlemminx, *Het profiel van de grondrechten*, Zwolle 1998; G.J. Vonk, *Recht als Europeaniserende kracht in de sociale zekerheid*, in: *Sociale Zekerheid een ander gezichtspunt; toekomstperspectief vanuit vier disciplines*, Brugge Die Keure 2000, p. 233-239 en A.W. Heringa, *Sociale Grondrechten*, Den Haag 1989 en dezelfde auteur in *Sociale Grondrechten in het EU Handvest voor Fundamentele Rechten*, NJCB-bulletin 2000/25, nr. 5, p. 947-959.

Door hun globale formulering komt daarvan in werkelijkheid echter vaak weinig terecht.<sup>115</sup> Sociale grondrechten worden hierdoor in de praktijk meestal niet gezien als serieuze rechtsnormen die, behalve door de rechtsregel waarin zij zijn gepositieerd, ook normatieve werking kunnen hebben door hun samenhang met relevante klassieke grondrechten en rechtsbeginselen. Eerder bestaat de neiging om deze grondrechten, ondanks de bedoeling van de grondwetgever, toch te zien als beleidsdirectieven die nauwelijks enige normatieve betekenis hebben. Sociale grondrechten worden zo in feite gedegradeerd tot behartigenswaardige belangen waarvan, al naar gelang de stand van zaken op politiek of sociaal economisch terrein, gerust kan worden afgeweken.

Zo geïnterpreteerd geeft het juridisch kader bij concurrentie met andere beleidsdoelstellingen nauwelijks houvast. In de beleidsruimte die de wetgever heeft, dreigt het feit dat die beleidsruimte niet alleen een politieke en financieel-economische, maar ook een juridische dimensie heeft, hierdoor uit het zicht te verdwijnen. Het juridisch kader krijgt zo gemakkelijk het stempel van 'recht zonder ruggengraat'. Bovendien is overheidshandelen hierdoor al snel gelegitimeerd. Zolang politieke en financieel-economische overwegingen blijven overheersen, dreigt men in dit kringetje te blijven ronddraaien. Door de sterke beleidsmatige geladenheid van de huidige sociale zekerheidswetgeving is het daarom van des te groter belang om na te gaan hoe dit kringetje kan worden doorbroken. Verbetering van de rechtsvorming op dit terrein is niet alleen noodzakelijk met het oog op de kwaliteit en de effectiviteit van regelgeving in de sfeer van de sociale zekerheid, maar ook om te voorkomen dat het juridisch kader en de daarmee samenhangende uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid de speelbal worden van politieke opportuniteit. Hoe kan worden bevorderd dat het juridisch kader meer reliëf krijgt en de wetgever de grondwettelijkheid van maatregelen die sociale grondrechten raken nadrukkelijker in het wetgevingsproces betreft, is daarom een nader onderzoek waard.

## 7. Ontwikkelingen op Europees terrein

### 7.1 *Sturing via een proces van 'open' coördinatie*

Gelet op de hoge prioriteit die momenteel aan bevordering van arbeidsparticipatie wordt gegeven, lijken ontwikkelingen op Europees terrein op het eerste gezicht een aardig aanknopingspunt te bieden voor verbetering van de rechtsvorming op dit gebied. Bevordering van arbeidsparticipatie is inmiddels namelijk ook hoofddoelstelling van het Europese werkgelegenheidsbeleid.<sup>116</sup> Via een proces van 'open' coördinatie moet deze doelstelling

<sup>115</sup> Zie voor de motivering van dit onderdeel van het rechtskarakter: TK 1995-1976, 13 873, nr. 3, p. 6-7. Zie over deze problematiek nader bijv.: A.W. Heringa, *Sociale Grondrechten*, Den Haag 1989, p. 74-76, 134-140 en 143-145.

<sup>116</sup> De juridische grondslag daarvoor werd gelegd door het Verdrag van Amsterdam dat in mei 1999 in werking trad. Bij dit verdrag werd de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid toegevoegd aan de doelstellingen van de EU (Art. 2 en 3 TEU) en werd een aparte Werkgelegenheidstitel in het verdrag opgenomen waarin die doelstelling nader werd geconcretiseerd (Art. 125-130 TEU). De Europese Werkgelegenheidsstrategie, die hieruit voortvloeit, werd echter al in gang gezet in 1997, dus ruim voordat de juridische grondslag daarvoor, door inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, zijn beslag kreeg.

nader vorm en inhoud krijgen. Lidstaten committeren zich daarbij op Europees niveau aan bepaalde beleidsdoelstellingen die nader zijn uitgewerkt in 'Employment Guidelines'. Deze Guidelines zijn gebaseerd op vier pijlers, die ieder voor zich beogen bij te dragen aan verhoging van het aantal mensen dat liefst duurzaam deelneemt aan het arbeidsproces. Tegen deze achtergrond richt de eerste pijler zich bijvoorbeeld op voorkoming van langdurige werkloosheid door werkzoekenden, via een baan, een opleiding of andere inzetbaarheidsverhogende maatregelen zo snel mogelijk een nieuwe start te bieden.<sup>117</sup> De tweede pijler heeft tot doel meer arbeidsmogelijkheden te creëren door het opzetten van een eigen bedrijf te vergemakkelijken en on vervulde maatschappelijke behoeften om te zetten in reguliere banen. De derde pijler beoogt tegen dezelfde achtergrond de flexibiliteit binnen arbeidsorganisaties te verhogen. Dit, niet alleen door (meer) gebruik te maken van flexibele arbeidspatronen, maar ook door ervoor te zorgen dat werknemers via adequate bijscholingsprogramma's en allerlei trainingsfaciliteiten zo breed en flexibel mogelijk inzetbaar zijn.<sup>118</sup> De vierde pijler richt zich tot slot op bevordering van de arbeidsparticipatie van vrouwen. In dit verband wordt veel aandacht gevraagd voor verbetering van de mogelijkheden om werk en familie verantwoordelijkheden beter met elkaar te kunnen combineren.<sup>119</sup>

De controle op de implementatie van deze Guidelines in nationaal beleid verloopt primair via een rapportageplicht in de vorm van nationale actieplannen die de Lidstaten jaarlijks aan de Europese Commissie en de Raad van ministers moeten overleggen. Deze instanties beoordelen de gepleegde inspanningen en brengen van hun bevindingen vervolgens verslag uit aan de Europese Raad. Deze Raad trekt hieruit zijn conclusies, die zowel tot bijstelling van de Guidelines kunnen leiden als tot aanbevelingen aan het adres van een individuele Lidstaat. Het nationale beleid kan dus ook op deze manier in een bepaalde richting worden bijgestuurd.<sup>120</sup> Juridisch gezien is de betekenis van deze vorm van sturing gering. Besluit een Lidstaat om geen uitvoering te geven aan de Guidelines of een aan zijn adres gerichte aanbeveling, dan zijn daaraan geen sancties of andere juridische consequenties verbonden. Hoogstens kan via het ingebouwde controlemechanisme, en de daarmee samenhangende onderlinge vergelijking van behaalde resultaten, morele en/of politieke druk worden uitgeoefend om de afspraken, waaraan Lidstaten zich op Europees niveau hebben gecommitteerd, na te komen.

117 Bij jeugdwerklozen moet dit gerealiseerd zijn voordat zij zes maanden werkloos zijn en bij volwassen binnen een jaar. Om de inzetbaarheid van langdurig werklozen te verhogen moet in ieder geval twintig procent van hen deelnemen aan beroepsgerichte scholingsprogramma's en moet het uitkerings- en belastingstelsel zodanig zijn ingericht dat werkzoekende daardoor worden geactiveerd om constructief mee te werken aan scholingsprogramma's en actief te zoeken naar werk (guidelines 1, 2 en 3).

118 Lidstaten moeten er met name voor zorgen voor dat degenen die werken hun kennis en vaardigheden voortdurend kunnen opkrikken en verder kunnen uitbreiden (lifelong learning; guideline 6).

119 Verdeeld over deze vier pijlers zijn er inmiddels 18 Guidelines geformuleerd. Zie daarvoor nader: Com (2000), 548 final; Com (2001) 313 final en Com (2002), 621 final.

120 Zie voor deze procedure art. 128 TEU. Deze procedure lijkt sterk op de procedures die in het kader van ILO-verdragen, het ESH en het IVESCR worden gevolgd. Ook die procedures zijn immers geënt op een rapportageplicht, het voeren van overleg en het doen van aanbevelingen als overleg niets oplevert om de naleving van verdragsbepalingen te verzekeren. Worden verdragsbepalingen geschonden dan wordt dat ook hier niet juridisch gesanctioneerd, maar wordt druk uitgeoefend en zo dus eveneens gewerkt met een systeem van 'mobilisation of shame'.

## 7.2 *Afstemming op het economisch en monetair beleid*

De inmiddels behaalde resultaten geven aan dat de Europese werkgelegenheidsbeleid op deze vrijblijvende manier toch een zeker sturend effect heeft.<sup>121</sup> De beleidsruimte op nationaal niveau wordt daardoor enigszins ingeperkt.<sup>122</sup> Daarmee is echter nog niet gezegd dat de rechtsvorming op dit terrein ook zal worden verbeterd. Of en zo ja in hoeverre dat het geval is, hangt in hoge mate af van de inhoud van die doelstellingen. Zeker aanvankelijk was er juist op dit punt reden tot zorg. Bevordering van arbeidsparticipatie werd toen namelijk hoofdzakelijk gezien als middel om het beroep op het sociale zekerheidssysteem te verminderen. Daarop werd sterk gehamerd met het oog op de inmiddels tot stand gekomen Economische en Monetaire Unie (EMU). Budgettaire discipline is een belangrijke voorwaarde om die Unie naar behoren te laten functioneren.<sup>123</sup> Om te verzekeren dat Lidstaten zich hieraan houden, zijn er ook op economisch monetair terrein Guidelines tot stand gekomen.<sup>124</sup> Lidstaten moeten deze Guidelines in acht nemen bij de ontwikkeling van werkgelegenheidsbevorderende maatregelen.<sup>125</sup> Deze expliciete koppeling moet waarborgen dat bij de vormgeving van het werkgelegenheidsbeleid, de begrotingsdiscipline die de EMU oplegt, wordt gerespecteerd. Op deze manier wordt een directe link gelegd tussen werkgelegenheidsbevorderende maatregelen en de eisen van de EMU, die onder meer meebrengen dat eventuele begrotingstekorten de beruchte 'drie procent norm' niet mogen overschrijden.

Bevordering van arbeidsparticipatie lijkt in dit licht het ei van Columbus. Immers, naarmate meer mensen deelnemen aan het arbeidproces, zal er minder gebruik worden gemaakt van het sociale zekerheidssysteem waardoor een belangrijke collectieve lastenpost kan worden beperkt. Om dit plan te laten slagen is echter wel vereist dat er meer werkgelegenheid komt. Alleen zo kan immers worden bewerkstelligd dat zoveel mogelijk niet actieven van een baan kunnen worden voorzien. Tegen de achtergrond van de successen die op dit terrein op de Amerikaanse arbeidsmarkt worden geboekt, wordt in dit verband hoog ingezet op flexibilisering van de Europese arbeidsmarkt. Dat moet de motor worden van de Europese banenmachine. Als het Europese systeem maar minder rigide wordt, slaat men bovendien

121 Sinds 1997 is het werkgelegenheidsniveau in de EU toegenomen met 10 miljoen banen. De actieve beroepsbevolking groeide met 5 miljoen mensen en het werkloosheidsniveau daalde met 4 miljoen mensen. Zie: het rapport *Social Protection in Europe 2001*, Brussel 2002, p. 6 en Com (2002), 621 final, p. 11. Dit wil niet zeggen dat alle problemen zijn opgelost. Er blijven serieuze tekortkomingen: Com (2002), 621 final, p. 5. Wat Nederland betreft, is via aanbevelingen bijvoorbeeld herhaaldelijk aangedrongen op de noodzaak om de arbeidsongeschiktheidsregelingen te hervormen (zie daarvoor bijv. de aanbeveling van de Raad van 19 januari 2001, Doc.nr. 32 001 X 00 64, p. 17 en Com (2002) 621 final, p. 89-90). Bepaald niet uitgesloten is dat deze aanbevelingen de druk hebben verhoogd om uiteindelijk aan de Adviescommissie Donner de opdracht te geven om daarvoor dit keer nu eens een écht doeltreffend plan te ontwikkelen: Instellingsbesluit van 28 juni 2000, Staatscourant 2000, 125.

122 Volgens art. 128 lid 2 TEU moeten de Lidstaten de Guidelines in aanmerking nemen bij de vormgeving van het nationale werkgelegenheidsbeleid.

123 Zie daarvoor bijv. de Communicatie van de Europese Commissie, Een werkgelegenheidsagenda voor het jaar 2000, Com (1997), 497 final.

124 Dit zijn de Broad Economic Policy Guidelines. Art. 99 lid 2 TEU biedt daarvoor de juridische basis. De budgettaire discipline wordt verder via het Stabiliteitspact en een aantal expliciete wettelijke criteria bewaakt: Zie bijv. art. 116 lid 4 jo art. 104 lid 2 TEU.

125 Dit is uitdrukkelijk bepaald in art. 126 lid 1 TEU.

meerdere vliegen in één klap. Een grotere mate van flexibiliteit zal immers niet alleen meer banen generen, maar ook de economische groei en het concurrentievermogen ten goede komen, zo is de aanvankelijk gedachte.<sup>126</sup>

### 7.3 Doeltreffende aanpak?

Gaandeweg wordt duidelijk dat deze aanpak ook risico's in zich bergt. Zo impliceert overname van het Amerikaanse concept niet automatisch dat daarmee de problemen op de Europese arbeidsmarkten doeltreffend worden aangepakt. Verder kan de combinatie van flexibilisering en budgettaire discipline Lidstaten gemakkelijk aanmoedigen om tot deregulering en terugschroefing van het sociale beschermingsniveau over te gaan om zo binnen de 'drie procent norm' te blijven. De budgettaire normen op Europees gebied geven nationale wetgevers zo dus in wezen een extra impuls om financieel-economische overwegingen in het wetgevingsproces te laten prevaleren. In de loop der tijd wordt ingezien dat dit wel eens schadelijk zou kunnen zijn voor de economische doelstellingen die het succes van de EMU moeten veilig stellen. Als Lidstaten om budgettaire redenen ieder op hun eigen houtje gaan sleutelen aan het sociale beschermingssysteem, dan kan dat tot uiteenlopende oplossingen leiden. De onderlinge concurrentieverhoudingen kunnen zo verstoord raken waardoor de economische stabiliteit die de EMU beoogt te garanderen in gevaar kan worden gebracht.<sup>127</sup>

Ook groeit langzamerhand het besef dat de combinatie van flexibilisering en budgettaire discipline op zich wel meer werk kan generen, maar dat dit nog niet betekent dat meer mensen daardoor duurzaam aan het werk komen of blijven. In werkelijkheid blijkt die combinatie namelijk eerder te resulteren in een toename van het aantal flexibele, 'atypische' banen die veelal een tijdelijk karakter hebben en de traditionele vormen van arbeidsbescherming ontberen.<sup>128</sup> Verder heeft die combinatie tot gevolg dat veel nadruk wordt gelegd op activeringsprogramma's die werkzoekenden via sancties onder druk zetten om iedere kans op werk aan te grijpen. Omdat daarbij meestal weinig rekening wordt gehouden met specifieke persoonlijke capaciteiten en behoeften, leidt dit echter veelal tot kortdurende successen in de sfeer van werkaanvaarding. De uiteindelijke doelstelling om via de terugkeer naar werk het collectieve lasten niveau binnen de perken te houden wordt daardoor maar mondjesmaat gehaald.<sup>129</sup> Als gevolg hiervan is de belangstelling voor privatisering van, onder meer, de reïntegratiemarkt gegroeid. Op het collectieve lastenniveau heeft dat meestal een gunstig effect, maar een duurzame terugkeer in het arbeidsproces wordt daarmee veelal evenmin bereikt. Privatisering van arbeidsbemiddelende en andere hulpverlenende instanties blijkt namelijk gemakkelijk te leiden tot commercialisering van reïntegratieactiviteiten en dat laat zich niet goed rijmen met de intensiteit van de investeringen die nodig zijn om een duurzame terugkeer in het arbeidsproces te bewerkstelligen.

126 Zie over deze ontwikkeling nader bijv. D. Adiagbor, *Flexibility and Adaptability in the EU Employment Strategy*, in: *Legal Regulation of the Employment Relation*, H. Collins, P. Davies and R. Rideout (eds.), Dordrecht Kluwer International 2000, p. 398-401.

127 Zie daarvoor bijv. Com (1999), 347 final, p. 5-18.

128 Zie Com (2001), 438 final, p. 5 en 15 en Com (2002) 621 final, p. 20-28.

129 Zie Com (2001), 438 final, p. 6 en 19/20 en Com (2002) 621 final, p. 6-18 en 31.



Een groot deel van de doelgroep staat immers vaak al langdurig buiten het arbeidsproces.<sup>130</sup> De combinatie van al deze factoren draagt niet bepaald bij aan het realiseren van de beoogde doelstellingen. Nederland loopt wat dat betreft aardig in de Europese pas. Op Europees niveau heeft deze ontwikkeling inmiddels echter geleid tot bijstelling van de koers.

#### 7.4 *Bijstelling van de koers*

Tijdens de Europese Raad die in maart 2000 in Lissabon werd gehouden, wordt de koerswijziging geconcretiseerd. Sindsdien wordt benadrukt dat de noodzaak om meer werkgelegenheid te creëren niet gepaard mag gaan met aantasting van sociale zekerheden. Deze nieuwe beleidslijn is gebaseerd op het voortschrijdende inzicht dat een sterke economie niet alleen meer banen nodig heeft om een hoger niveau van werkgelegenheid te bereiken, maar ook sociale zekerheden behoeft om een duurzame deelname aan het arbeidsproces te garanderen.<sup>131</sup> Het is de bedoeling dat deze twee doelstellingen met elkaar worden verenigd zonder de opgelegde budgettaire discipline in gevaar te brengen. Die eis blijft gewoon bestaan. Om aan deze opdracht te kunnen voldoen, worden de Lidstaten opgeroepen om te zoeken naar een nieuw evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid. Concreet betekent dit dat de traditionele systemen van sociale bescherming zodanig moeten hervormd dat die systemen enerzijds er aan bijdragen dat zoveel mogelijk niet actieven aan het werk komen, maar anderzijds ook voldoende werkzekerheid verschaffen zodat zoveel mogelijk mensen duurzaam aan het werk blijven. Om dit te bereiken wordt veel nadruk gelegd op de noodzaak om meer te investeren in menselijk kapitaal en in verhoging van de arbeidskwaliteit. Verder moet worden verzekerd dat eenieder in gelijke mate toegang heeft tot maatregelen die tot een duurzame arbeidsparticipatie moeten leiden. Meer dan tot dan toe het geval was, moet daarbij rekening worden gehouden met specifieke, persoonlijke behoeften van met name minder bevoorrechte groepen. Bovendien moet, zo nodig, aanspraak kunnen worden gemaakt op begeleiding en andere vormen van ondersteuning die noodzakelijk zijn om een duurzame deelname aan het arbeidsproces te realiseren.<sup>132</sup>

Beoogd wordt zo te bewerkstelligen dat blijvend een hoger niveau van arbeidsparticipatie kan worden bereikt zonder geweld te doen aan de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid waarop de systemen van sociale bescherming binnen de EU zijn gefundeerd. In dit

130 Zie daarvoor bijv. Com (2000), 551, p. 15 en Com (2002) 621 final, p. 30-31 en 116. In Nederland komt het tegen deze achtergrond voor dat werkzoekenden worden verdeeld in kavelen en vervolgens als vee worden geveild om zo te kunnen voldoen aan een afgesproken percentage te reintegreren werkzoekenden waaraan private reintegratiebedrijven zich ten opzichte van de publieke uitvoerders hebben gecommitteerd: Zie daarvoor nader ook: P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht*, Deventer Kluwer 2001, p. 26 en R.J. van der Veen, *L'histoire se repète?; honderd jaar uitvoeringsorganisatie sociale verzekeringen*, in: *De Gemeenschap is aansprakelijk...*, Den Haag 2001, p. 77-83.

131 Zie daarvoor bijv. Com (2000), 379, Com (2001), 104 final, p. 4-10, Com (2002) 9 final en Com (2002), 416 final.

132 Deze lijn werd uitgezet op de Europese Raad in Lissabon: Com (2000), 349 en is later in verschillende documenten nader uitgewerkt. Zie daarvoor bijv. Com. (2001), 104 final en Com (2001), 313 final, (met name p. 11-14 waarin een aantal indicatoren worden aangegeven om te komen tot verhoging van de arbeidskwaliteit). Recentelijk is deze koers bevestigd in Com (2002), 621 final, p. 108-110.

verband wordt verwezen naar het 'Europese Sociale Model' dat, anders dan het 'Amerikaanse Sociale Model' steunt op een aantal gemeenschappelijke waarden, zoals solidariteit en het streven naar gelijke kansen voor iedereen.<sup>133</sup> Deze waarden worden daarmee in beginsel erkend als intrinsieke waarden die overeind moeten blijven bij het realiseren van economische doelstellingen zoals verhoging van de economische groei, het concurrentievermogen en de flexibiliteit van arbeidsverhoudingen om zo meer werk te creëren.<sup>134</sup> Naast een primair economisch, moet de EU zo ook een duidelijk sociaal gezicht krijgen.

Op zich is dit een belangrijke ontwikkeling. De bestaande mix van het Europese economisch monetaire en het Europese werkgelegenheidsbeleid is als gevolg daarvan immers bewust met een sociale dimensie verrijkt. Opdat deze sociale dimensie op nationaal niveau niet wordt verwaarloosd, is deze dimensie tevens onderdeel geworden van het proces van 'open coördinatie'. In het verlengde hiervan hebben de Lidstaten zich inmiddels ook op dit sociale gebied gecommitteerd aan een aantal beleidsdoelstellingen. Dit geldt onder meer voor de doelstelling om zich in te zetten voor de bevordering van gelijke kansen op maatschappelijke integratie.<sup>135</sup> Deze doelstelling is niet nader uitgewerkt in officiële 'Guidelines for social inclusion', maar heeft wel geresulteerd in een aantal afspraken op Europees niveau. Net als bij het Europese Werkgelegenheidsbeleid moet over de nakoming daarvan regelmatig verantwoording worden afgelegd via nationale actieplannen.<sup>136</sup> Van belang is hiernaast dat intussen ook twee kaderrichtlijnen zijn aangenomen die de doelstelling om gelijke kansen op maatschappelijke integratie te realiseren, verder kunnen ondersteunen. Om te bevorderen dat eenieder in gelijke mate toegang heeft tot arbeid, onderwijs en andere dienstverlenende faciliteiten die aan maatschappelijke integratie kunnen bijdragen, voorzien deze richtlijnen in een discriminatieverbod om te voorkomen dat bepaalde minder bevoorrechte groepen van toegang tot deze integratiebevorderende mogelijkheden worden uitgesloten.<sup>137</sup>

133 Zie daarvoor nader bijv. Com (2000), 349 en Com (2001) 104 final, p. 4-10.

134 Zie hiervoor de conclusies van de Europese Raad van Lissabon van maart 2000, p. 8-11 en Com (2000) 104 voor een nadere uitwerking van deze gedachte. Deze gedachte werd geformuleerd tegen de achtergrond van de strategische doelstelling om binnen de EU per 2010 de meest competitieve en dynamische economieën te realiseren die duurzame economische groei met meer en betere banen en sociale cohesie weten te combineren.

135 Com (2000), 163 final. Zie ook: Social Protection in Europe in 2001, Brussels 2002, p. 11 e.v. Om het bereiken van deze doelstelling te bevorderen is een Actieprogramma overeengekomen, om acties op dit terrein te ondersteunen en samenwerking tussen de Lidstaten te bevorderen door uitwisseling van informatie over succesvolle strategieën. Daarvoor is 75 miljoen euro beschikbaar gesteld: OJ L 10 van 12 januari 2002. De Lidstaten hebben zich hiernaast gecommitteerd aan de zorg voor een gegarandeerd inkomen en dat arbeid loont; de zorg voor het zekerstellen en betaalbaar houden van de pensioenstelsels en de zorg voor een duurzame en kwalitatief hoogwaardige gezondheidszorg: Com (2000) 163 final.

136 Tijdens de Europese Raad in Laeken in december 2001 zijn 18 indicatoren vastgesteld aan de hand waarvan Lidstaten de mate van sociale integratie in hun land kunnen beoordelen. Op basis daarvan kunnen vervolgens gerichte maatregelen worden genomen. De controle op de implementatie van gemaakte afspraken vindt, anders dan bij het werkgelegenheidsbeleid, om de twee jaar plaats. De procedure is dus minder strikt, wat onder meer wordt gerechtvaardigd doordat er voor een proces van open coördinatie op dit terrein geen expliciete juridische basis is. Zie hierover nader ook: T. Atkinson, *Social Indicators, the EU and Social Inclusion*, Oxford, University Press 2002.

137 Zie daarvoor Richtlijn 2000/43/EC die ziet op uitbanning van discriminatie op het terrein van arbeid op grond van ras of etnische overwegingen, godsdienst of geloof, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid en Richtlijn

### 7.5 *Houvast voor verbetering van de rechtsvorming?*

Op het eerste gezicht lijkt deze ontwikkeling consequenties te hebben voor de rechtsvorming op het terrein van de sociale zekerheid. In principe biedt deze ontwikkeling immers een handvat om het 'sociale tekort' dat door de financieel-economische krachten van de EMU dreigt te ontstaan, door middel van regelgeving te corrigeren. Van belang hierbij is dat deze nieuwe benadering de beleidsdoelstelling om tot een hoger niveau van arbeidsparticipatie te komen nadrukkelijk met een aantal uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid verbindt. De beleidsvorming op dit terrein wordt daardoor in een breder kader geplaatst en kan zich diensgevolge in principe niet langer beperken tot puur formele aspecten van het al dan niet hebben van werk. Door de koppeling aan maatschappelijke integratie treedt de materiële betekenis daarvan meer op de voorgrond en zal de beleidsvorming zich dus mede moeten richten op het wegnemen van mogelijke obstakels die aan maatschappelijke integratie in de weg staan. Door de manier waarop hieraan gestalte wordt gegeven te integreren in het proces van 'open coördinatie', is dit geen vrijblijvende aan gelegenheid. Lidstaten moeten daarover regelmatig verantwoording afleggen. De druk om de genoemde uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid nadrukkelijker mee te wegen in de besluitvorming over arbeidsparticipatiebevorderende maatregelen kan daardoor in principe worden verhoogd. Willen die maatregelen voor iedereen in gelijke mate bijdragen aan maatschappelijke integratie dan zullen daarbij immers ook aspecten van solidariteit en ongelijkheidscompensatie moeten worden betrokken. Dit perkt de beleidsruimte om bij de totstandkoming van dit soort maatregelen louter financieel-economische gronden te laten prevaleren in beginsel in.

Toch rijst de vraag of dit voldoende is om de kwaliteit van de rechtsvorming op dit terrein op te krikken. De nieuwe benadering berust immers hoofdzakelijk op politieke commitments. Weliswaar bieden de afspraken die op Europees niveau worden gemaakt om die commitments handen en voeten te geven, enig houvast om Lidstaten op nakoming daarvan aan te spreken, maar die kan niet worden afgedwongen. Het zijn sociaal politieke doelstellingen, die bedoeld zijn als aanknopingspunten voor het voeren beleid, maar meestal niet concreet genoeg zijn om daaruit juridisch afdwingbare normen af te leiden. Als puntje bij paaltje komt blijft hierdoor onduidelijk waartoe de bijgestelde koers de Lidstaten nu eigenlijk precies verplicht. Ondanks de aansporing om uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid in de besluitvorming te betrekken, blijft de juridische dimensie van die uitgangspunten daardoor schimmig en zal het diensgevolge ook lastig blijven om in het besluitvormingsproces de juridische dimensie van het participatiebeleid duidelijk(er) van de financieel-economische dimensies van dat beleid te onderscheiden. Voor verbetering van de kwaliteit van de rechtsvorming biedt deze nieuwe koers daarom te weinig houvast. Daarvoor zijn namelijk duidelijke aanknopingspunten vereist aan de hand waarvan een juridische vertaalslag kan worden gemaakt, waardoor beleidsvoornemens gemakkelijker op hun

2000/78/EC die ziet op uitbanning van discriminatie op grond van ras of etnische overwegingen op het terrein van arbeid, onderwijs en de toegang tot goederen en diensten en sociale bescherming. Deze richtlijnen zijn gebaseerd op art. 13 TEU. Een Actieplan moet de implementatie daarvan vergemakkelijken via uitwisseling van informatie en 'good practices' die voor de implementatie van de richtlijnen op nationaal niveau van belang kunnen zijn: Com (1999), 567.

juridische kwaliteit kunnen worden getoetst. Die aanknopingspunten zijn vooralsnog in duisternis gehuld. Dat uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid niet alleen een sociaal maatschappelijke, maar ook een juridische grondslag hebben die via hun samenhang met een aantal grondrechten kan worden geconcretiseerd, dreigt zo gemakkelijk over het hoofd te worden gezien. Explicitering van deze samenhang is daarom een belangrijke volgende stap om te komen tot verbetering van de kwaliteit van de rechtsvorming op dit gebied.

## 8. Rol van sociale grondrechten bij de modernisering van sociale zekerheid

### 8.1 *Overheidstaak in de sfeer van sociale zekerheid*

Verduidelijking van de juridische dimensie van de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid die bij de vormgeving van het sociale zekerheidsbeleid in acht genomen moeten worden, begint bij een nadere analyse van de grondwettelijke opdracht om op het terrein van sociale zekerheid regelend op te treden.<sup>138</sup> Meestal wordt deze opdracht vereenzelvigd met de inkomenswaarborgfunctie van het stelsel van sociale zekerheid. De opdracht om op het terrein van sociale zekerheid regelend op te treden wordt op deze manier beperkt tot het bieden van een zekere inkomensgarantie waarop aanspraak kan worden gemaakt wanneer bepaalde wettelijk gedefinieerde risico's zich manifesteren en het gevaar van bestaansonzekerheid dreigt. Op zich valt hier weinig tegen in te brengen. Het verschaffen van inkomenszekerheid is immers een belangrijk middel om de mens tegen bestaansonzekerheid te beschermen en dat is de 'core business' van de sociale zekerheid.

Toch rijst de vraag of deze taakopvatting van sociale zekerheid in de huidige tijd nog wel toereikend is. De sterke nadruk die tegenwoordig wordt gelegd op de bevordering van arbeidsparticipatie en de eigen verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien heeft immers een accentverschuiving teweeg gebracht, waardoor andere functies van sociale zekerheid op de voorgrond zijn getreden. De inkomenswaarborgfunctie is hierdoor niet verdwenen, maar het accent ligt toch veel duidelijker dan voorheen op de preventieve, activerende functie van sociale zekerheid. Deze accentverschuiving plaatst de opdracht om op het gebied van sociale zekerheid regelend op te treden in een ander licht. Wil adequaat invulling kunnen worden gegeven aan de verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien, dan is bijvoorbeeld toegang tot het arbeidsproces (zodat men zelf een inkomen kan verwerven), of toegang tot alternatieve beschermingssystemen (zodat daarvoor een redelijk alternatief kan worden gevonden), een belangrijk vereiste. Het behoort in principe tot de verantwoordelijkheid van de overheid om eventuele obstakels die een vrije toegang tot deze 'bestaansmiddelen' belemmeren, uit de weg te ruimen. De rechtsgrond hiervoor ligt niet alleen in de erkenning van het recht van ieder mens op zelfontplooiing en gelijke kansen als dragende beginselen van de sociale verzekering, maar vloeit ook voort uit de strekking van de sociale grondrechten.<sup>139</sup> Ook die roepen de overheid immers op om actief

138 Art. 20 lid 2 Grondwet.

139 Deze motivering van de rechtsgrond voor de sociale verzekeringen, zo niet het stelsel van sociale zekerheid als geheel, werd geïntroduceerd door minister Veldkamp bij de invoering van de WAO in 1967: TK 1962-1963, 7171, nr. 3, p. 2 en bouwt voort op het rapport van de commissie Van Rhijn, waarin werd aangegeven

op te treden om de bestaanszekerheid resp. de individuele en maatschappelijke ontplooiing van de mens mogelijk te maken.<sup>140</sup> Toegang tot arbeid die zoveel mogelijk recht doet aan persoonlijke capaciteiten resp. toegang tot alternatieve beschermingssystemen is daarvoor een belangrijke voorwaarde.

De overheidstaak om de mens tegen bestaansonzekerheid te beschermen krijgt hierdoor een bredere invulling. Zo impliceert het vooropstellen van de eigen verantwoordelijkheid om zelf in het bestaan te voorzien dat niet langer met verschaffing van inkomenszekerheid kan worden volstaan. Om daadwerkelijk gestalte te kunnen geven aan die verantwoordelijkheid zal die bescherming ook vormen van ondersteuning moeten gaan omvatten die de mens in staat stellen om zichzelf in de maatschappij te handhaven en zich daarin zo goed mogelijk te ontwikkelen.<sup>141</sup> De opdracht om op het terrein van de sociale zekerheid regelend op te treden zal zich mede hierop moeten richten. Dit betekent onder meer dat bij de besluitvorming over de te nemen maatregelen op dit gebied, aandacht zal moeten worden besteed aan de vraag of deelname aan het arbeidsproces wel voor eenieder gelijkelijk mogelijk is en bovendien voldoende mogelijkheden biedt om tot individuele en maatschappelijke ontplooiing te komen. Dat is niet alleen een logisch complement van de sterke nadruk die tegenwoordig op de preventieve, activerende functie van sociale zekerheid wordt gelegd, maar sluit ook aan bij de geschetste ontwikkelingen op Europees terrein. Ook die ontwikkelingen sporen de Lidstaten immers aan om de vereiste hervorming van hun sociale beschermingssystemen zodanig vorm te geven dat een kwalitatief hoger niveau van arbeidsparticipatie wordt bereikt zonder dat de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid, zoals aspecten van solidariteit en het recht van eenieder op zelfontplooiing en gelijke kansen en bescherming tegen sociale uitsluiting, in het gedrang komen.

dat het een taak van de overheid is erop toe te zien dat iedere burger kan deelnemen aan het maatschappelijk leven als erkenning van het recht van eenieder om door middel van arbeid in zijn levensonderhoud te voorzien. Veldkamp onderstreepte dat deelname aan het maatschappelijk leven voor de menselijke ontplooiing belangrijker is dan een uitkering, hoewel het ene niet zonder het andere kan: 'het gaat er in onze maatschappij niet alleen om dat mensen lichamelijk en geestelijk genezen, het gaat erom dat zij een zo volwaardig mogelijke plaats kunnen innemen in de maatschappij': EK 1965-1966, 7171, nr. 23a, p. 3. Zie hierover ook: W.J.P.M. Fase, De legitimering van het verplichtend karakter van de sociale verzekering en F.M. Noordam, Prothesen en scheerzeep, in: De Gemeenschap is aansprakelijk..., Den Haag SDU 2001, p. 56 resp. 136.

140 Aanknopingspunten hiervoor zijn bijv. te vinden in: TK 1973-1974, 12 944, I, p. 307-308 en TK 1975-1976, 13 873, nr. 3, p. 3, 5/6 en nr. 7, p. 2 en p. 13. Daarin wordt met zoveel woorden gesteld dat de eis dat de zorgplicht voor voldoende werkgelegenheid mede gericht moet zijn op een rechtvaardige spreiding van de welvaart, ook de overheidstaak omvat om ervoor te zorgen dat eenieder door arbeid in zijn levensonderhoud kan voorzien. Ook wordt daarin gesteld dat het een fundamentele overheidstaak is om de feitelijke, maatschappelijke en economische belemmeringen die aan de individuele en maatschappelijke ontplooiing van de mens in de weg staan, weg te nemen. Van belang in dit verband is ook art. 30 van het herziene ESH, dat het recht van eenieder op bescherming tegen sociale uitsluiting erkent.

141 Zie voor deze vorm van zekerheid bijv. F.X. Kaufmann, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, Stuttgart 1970, p. 396 e.v.. Kaufmanns bevindingen hebben in de literatuur weerklink gevonden bij J.J.M. van der Ven, Sociale Zekerheid, Kwestie van Denken en Doen, in: Inleiding tot de sociale zekerheid en de toepassing daarvan in Nederland en België, G.M.J. Veldkamp (red.), Deel II: Grondslagen, Deventer 1980, p. 3-14 en bij J. Berghman, De onzichtbare sociale zekerheid, Deventer 1986, p. 10-11. Zie art. 30 ESH voor een concretisering van deze vorm van bescherming.

## 8.2 *Concretisering van de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid aan de hand van een grondrechtelijk kader*

### 8.2.1 Belang van een grondrechtelijke benadering

Erkenning dat de accentverschuiving op het terrein van sociale zekerheid hand in hand behoort te gaan met verbreding van de overheidstaak om op dit terrein regelend op te treden, is echter niet genoeg. Verbetering van de rechtsvorming op dit gebied vereist ook dat de wetgever zich bij de invulling van die taak bewuster oriënteert op het grondrechtelijk kader dat daarbij hoort. Om de brede taakopdracht op het terrein van sociale zekerheid naar behoren te kunnen uitvoeren, is dat een essentiële voorwaarde. Sociale grondrechten kunnen hierbij een belangrijk handvat bieden. Die grondrechten bieden namelijk aanknopingspunten aan de hand waarvan de fundamentele waarden waarop de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid steunen, kunnen worden geconcretiseerd en dus zichtbaar kunnen worden gemaakt.

Dit vergt echter wel een grondrechtelijke benadering. Dit impliceert onder meer dat de wetgever bij de besluitvorming over te nemen maatregelen niet alleen op zoek gaat naar relevante sociale grondrechten die deze maatregelen raken, maar daarbij ook rekening houdt met het grondrechtelijk kader waarbinnen die grondrechten zich bewegen. Sociale grondrechten ontleen hun normatieve werking immers niet alleen aan de concrete bepaling waarin zij zijn verankerd, maar ook aan hun samenhang met relevante klassieke grondrechten en relevante rechtsbeginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Voor het rechtseffect van sociale grondrechten is juist deze samenhang van belang. Via die samenhang is het namelijk mogelijk sociale grondrechten in verband te brengen met flankerende klassieke grondrechten en rechtsbeginselen die wel rechtseffect hebben. De abstracte instructienormen waarin zij zijn verwoord, krijgen aldus concrete handen en voeten waaruit specifieke verplichtingen voor de overheid kunnen worden afgeleid. Sociale grondrechten krijgen het reliëf dat nodig is om boven het niveau van slechts vage, abstracte normen te kunnen uitstijgen. Behalve het rechtskarakter van sociale grondrechten, kan zo ook hun waarde als toetssteen voor de legitimiteit van het gevoerde overheidsbeleid worden verstevigd. Zowel voor de beoordeling van de legitimiteit van het overheidsoptreden op het terrein van de sociale zekerheid, als voor de kwaliteit van de daaruit voortvloeiende regelgeving, is dat van groot belang.<sup>142</sup>

Meer concreet betekent dit bijvoorbeeld dat bij de toetsing van de grondwettelijke aspecten van maatregelen die worden genomen om de arbeidsparticipatie te bevorderen, niet kan worden volstaan met het kwalificeren van die maatregelen als een onderdeel van de grondwettelijke zorgplicht voor voldoende werkgelegenheid. Op zichzelf bezien houdt die zorgplicht namelijk niet veel meer in dan een inspanningsplicht om een beleid te ontwikkelen ter bevordering van de werkgelegenheid. Hoe daaraan invulling moet worden gegeven is

<sup>142</sup> Zie hierover nader: A.W. Heringa, *Sociale Grondrechten in het EU Handvest voor Fundamentele Rechten*, NJCM-bulletin 2000/25/5, p. 649-651 en H.W.P.M. van der Linden, *Recht op Arbeid, plicht tot Arbeid, Sociaal Recht 1992*, p. 303-305.

niet nader bepaald. Het feitelijk gevoerde beleid is zo bijna a priori al gelegitimeerd.<sup>143</sup> Wordt de zorgplicht voor werkgelegenheid daarentegen vanuit een breder grondrechtelijk kader benaderd, dan ontstaat een heel ander beeld. Bij de interpretatie van die zorgplicht heeft de wetgever dan weliswaar nog steeds beleidsvrijheid, maar die vrijheid kan in dat geval worden begrensd door de normatieve werking van andere, met de zorgplicht voor voldoende werkgelegenheid samenhangende grondrechten en rechtsbeginselen evenals door de algemene grondwettelijke strekking om voorwaarden te scheppen om bestaanszekerheid en de individuele en maatschappelijke ontplooiing mogelijk te maken. De zorgplicht voor voldoende werkgelegenheid wordt zo in een ander perspectief geplaatst. Het bredere grondrechtelijke kader waarin die zorgplicht is ingebed, maakt immers duidelijk dat die zorgplicht niet op zichzelf staat, maar in samenhang met andere relevante grondrechten en rechtsbeginselen en de algemene strekking van sociale grondrechten moet worden beoordeeld en ingevuld. Maatregelen die ter uitvoering hiervan worden genomen, zijn hierdoor niet per definitie geoorloofd, maar zullen aan dit bredere grondrechtelijke kader moeten worden getoetst.

### 8.2.2 Betekenis van een grondrechtelijke benadering voor het werkgelegenheidsbeleid

Voor maatregelen die zijn gericht op verhoging van arbeidsparticipatie, betekent deze benadering dat bij de concrete invulling daarvan rekening zal moeten worden gehouden met aspecten van het recht op arbeid en het gelijkheidsbeginsel.<sup>144</sup> Daarin liggen namelijk belangrijke waarborgen besloten om deelname aan het arbeidsproces voor eenieder gelijk mogelijk te maken. Van belang hierbij is dat de overheid op grond van deze rechtsnormen rechtens verplicht is ervoor te zorgen dat eenieder gelijkelijk kan toetreden tot de arbeidsmarkt.<sup>145</sup> Behalve het garanderen van kosteloze arbeidsbemiddeling, brengt deze

143 Zie bijv. R. Froqué, Het belang van het recht; ontwikkelingen in de continentale rechtstheorie, in: *Recht en Legitimiteit*, E.H.L. Brugmans en J.L.M. Elders (red.), Zwolle 1987, p. 35-95; A.J. Hoekema, *Legitimiteit door legaliteit*, Nijmegen 1991; C.J. Bax, *Legitimiteit, in Algemene Begrippen Staatsrecht*, T. Holtermann e.a. (red.), Zwolle 1991, p. 259-276 en M.C. Burkens, *Problemen in de Rechtsstaat*, in: *De Rechtsstaat* Herdacht, J.W.M. Engels (red.), Zwolle 1998, p. 65-71.

144 Relevant in dit verband zijn onder meer art. 6 IVESCR en art. 1 ESH resp. art. 1 Grondwet, art. 2 lid 2 IVESCR; art. 14 EVRM en art. E van het herziene ESH. Een directe verwijzing naar het recht op arbeid is te vinden in de aanhef van art. 1 ESH en art. 6 IVESCR; lid 2 van dit artikel verplicht ook tot het nemen van maatregelen ter volle verwezenlijking van dit recht. In het ESH is het recht op arbeid uiteindelijk uitgewerkt in vier inspanningsverplichtingen (verwezenlijking van volledige werkgelegenheid; recht op vrijheid van arbeidskeuze; recht op kosteloze arbeidsbemiddeling en zorg voor de bevordering van doelmatige beroepskeuzevoorlichting, vakopleiding en beroepsrevalidatie). Het gelijkheidsbeginsel kan fungeren als schakelbepaling waardoor deze inspanningsverplichtingen rechtseffect kunnen krijgen.

145 Voor wat betreft het recht op arbeid blijkt dat onder meer uit de manier waarop de organen die belast zijn met het toezicht op de naleving van het IVESCR en het ESH het recht op arbeid plegen uit te leggen. Daaruit volgt onder meer dat er maatregelen moeten worden genomen die gericht zijn op het verzekeren van werk voor alle werkzoekenden; er wordt doorgaans geen genoegen genomen met het afschrijven van bepaalde groepen. Zie daarover nader: A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer Kluwer 1999, p. 87-89. Voor wat betreft het gelijkheidsbeginsel volgt dit uit een materiële inkleuring van dat beginsel. Bij de uitleg van art. 26 IVBPR gaat het mensenrechtencomité hiervan uit (zie bijv. General Comment nr. 18/37 (1989), *Non Discrimination* UN OR, Suppl. 40, A/45/40, p. 173-175); hetzelfde geldt voor het IVESCR-comité. Zie in dit verband ook de Standard rules van de VN, die verplichten om barrières weg te nemen die aan de volwaardige deelname van gehandicapten aan de samenleving bemoeilijken (Res.

verplichting bijvoorbeeld mee dat het werkgelegenheidsbeleid, ten behoeve van groepen met een achterstandspositie op de arbeidsmarkt, zo nodig wordt gedifferentieerd. Meer concreet kan dit betekenen dat een doelgroepenbeleid moet worden gevoerd om een bepaalde achterstandspositie weg te werken. Via gerichte scholingsmaatregelen, het in stand houden van gesubsidieerde arbeidsplaatsen of andere specifiek op bepaalde achterstandsgroepen afgestemde maatregelen, zoals een doeltreffende bestrijding van heersende vooroordelen, kan zo worden gewaarborgd dat ook deze groepen gelijke kansen hebben op deelname aan het arbeidsproces.<sup>146</sup> Op deze manier kan worden bevorderd dat maatregelen die in het kader van de verhoging van arbeidsparticipatie worden ingezet ook daadwerkelijk bijdragen aan de bevordering van maatschappelijke integratie van eenieder, zonder dat de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid in het gedrang komen.

In dit kader zijn ook interessante ontwikkelingen gaande in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) omtrent het in art. 8 EVRM verankerde recht op een persoonlijke levenssfeer. Van belang in dit verband is ten eerste dat dit recht zich, in de optiek van het Hof, ook kan uitstrekken tot professionele activiteiten. In dat soort activiteiten liggen volgens het Hof essentiële mogelijkheden om relaties met anderen aan te gaan en dat is, op zijn beurt, een belangrijk aspect van de persoonlijke ontwikkeling en, daarmee, van de persoonlijke levenssfeer.<sup>147</sup> Van belang is verder dat het EHRM zich in het kader van art. 8 EVRM in een aantal zaken op het standpunt heeft gesteld dat rechten die uit dit artikel voortvloeien niet illusoir mogen zijn. Hieruit volgt dat staten gehouden zijn om positieve maatregelen te nemen om de uitoefening van die rechten daadwerkelijk mogelijk te maken.<sup>148</sup> Art. 8 EVRM komt hierdoor in beginsel ook in beeld als beoordelingsmaatstaf voor maatregelen die beogen de deelname aan het arbeidsproces te bevorderen c.q. sociale uitsluiting tegen te gaan.<sup>149</sup> Hieraan zijn echter wel beperkingen verbonden. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt namelijk ook dat art. 8 EVRM niet in alle gevallen waarin het recht op persoonlijke ontwikkeling op het spel staat, kan worden ingeroepen. Dat kan alleen als er een direct en onmiddellijk verband kan worden aangetoond tussen het in-

48/95 van 20 december 1993). Zie ook art. 15 ESH, dat een verplichting bevat om terzake positieve maatregelen te nemen en de al genoemde EG Kaderrichtlijnen die ook nader gestalte beogen te geven aan het gelijke kansenbeleid.

146 Zie hiervoor nader bijv. A.Ph.C.M. Jaspers, *Selectief werkgelegenheidsbeleid*, in Schetsen voor Bakels, Deventer Kluwer 1986, p. 131-143; E.P. de Jong, *Mensbeeld in het Sociaal Recht*, SMA 1988, p. 93-95 en M.C. Burkens, *Werkgelegenheid en Grondwet*, Alphen a/d Rijn 1979, p. 36-37. De grenzen van het gelijke kansenbeleid zijn overigens evenzeer gelegen in het recht op arbeid van anderen en het gelijkheidsbeginsel. Bevordering van gelijkheid is bijv. alleen geoorloofd als het gelijke kansenbeleid zich richt op het wegnemen van een achterstandspositie en niet leidt tot concurrentievervalsing of verdringing van reguliere arbeidsplaatsen.

147 Zie bijv. EHRM inzake Niemietz t. Duitsland, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251 B. Zie ook: EHRM inzake Pretty t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 29 april 2002, nr. 2002/47, waarin een notie van persoonlijke autonomie werd erkend en de uitleg die aan het recht om persoonlijke relaties te ontwikkelen en te onderhouden werd samengevat.

148 Zie daarvoor bijv. EHRM inzake Airy t. Ierland, EHRM 9 oktober 1979, Serie A vol. 32, par. 27 en X en Y t. Nederland, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91, par. 21 e.v. Zie hierover ook H. L. Janssen, *Constitutionele Interpretatie*, Den Haag SDU 2003, p. 361-365; 372-376.

149 Op die manier zou art. 8 EVRM bijv. kunnen worden gebruikt voor de concretisering van art. 30 van het herziene ESH dat het recht van eenieder op bescherming tegen sociale uitsluiting erkent.



groeien recht en de gevraagde voorziening om dat recht te effectueren. Alleen als er zo'n directe link is, bestaat er met andere woorden een positieve plicht van de staat om actief op te treden.<sup>150</sup> Aldus wordt de reikwijdte van art. 8 EVRM en de daaruit voortvloeiende verplichting van de overheid om positieve maatregelen te treffen, beperkt. Dit neemt niet weg dat dit klassieke grondrecht, binnen de gegeven kaders, toch mogelijkheden opent om de opdracht om maatschappelijke integratie voor eenieder gelijkelijk mogelijk te maken, nader te specificeren. Binnen de gegeven grenzen kan ook dit voeren tot een concrete verplichting van de overheid om obstakels die daaraan in bepaalde situaties in de weg staan, te elimineren.

Een grondrechtelijke benadering van het participatiebeleid brengt verder mee dat de wetgever bij de invulling daarvan rekening houdt met het recht op de vrijheid van arbeidskeuze en de algemene grondwettelijke strekking om aan dat beleid vorm te geven op een manier die voldoende ruimte laat voor de individuele en maatschappelijke ontplooiing.<sup>151</sup> Deze combinatie stelt bijvoorbeeld beperkingen aan de manier waarop de verplichting tot het aanvaarden van passende arbeid en andere reïntegratieverplichtingen worden geformuleerd.<sup>152</sup> Zo moet de wetgever bij de formulering van deze verplichtingen en de daaraan verbonden sancties bijvoorbeeld steeds nagaan of het recht op vrijheid van arbeidskeuze daarmee niet wordt uitgehold. Dit impliceert onder meer dat moet worden onderzocht of beperkingen, die bijvoorbeeld via sancties aan dit grondrecht worden gesteld, grondwettelijk gezien wel geoorloofd zijn. De wetgever zal zich in dit verband moeten afvragen of het beoogde doel (bevordering van reïntegratie c.q. betaalbaar houden van het stelsel) ook op een andere, minder vergaande manier kan worden bereikt. Is de wetgever van mening dat dit niet het geval is, dan zal moeten gemotiveerd dat afdwinging van de medewerking aan reïntegratiebevorderende maatregelen door korting of intrekking van de uitkering een geschikt en noodzakelijk middel om reïntegratie te bewerkstelligen. Ook zal moeten worden

150 Zie daarvoor nader bijv. EHRM inzake Botta t. Italië, EHRM 24 februari 1998, JB 1998/70, waarin de aanspraak van een gehandicapte op de toegankelijkheid van het strand en de zee vanuit zijn vakantiebestemming werd afgewezen omdat er geen direct en onmiddellijk verband was tussen de gevraagde voorziening en het recht op een persoonlijke levenssfeer dat door art. 8 EVRM wordt beschermd. De aanspraak was daarvoor te onbepaald en kon daarom niet worden getoetst aan art. 8 EVRM. In EHRM inzake Zehnalova en Zehnal t. Tsjechië, EHRM 14 mei 2002, nr. 38621/97, wordt de aanspraak op toegankelijkheid van openbare gebouwen eveneens afgewezen. In deze zaak erkent het Hof dat art. 8 in geval van een ontoegankelijke omgeving van toepassing kan zijn als betrokkenen door een gebrekkige toegankelijkheid daarvan zodanig wordt gehinderd dat het recht op persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties met anderen aan te gaan en te onderhouden onder druk komen te staan. Daarmee gaat het Hof een stap verder dan in de zaak Botta waarin het Hof wegens een gebrek aan bepaaldheid van de aanspraak in het midden liet of art. 8 EVRM überhaupt kan worden ingeroepen als deelname aan het maatschappelijk leven door het ontbreken van bepaalde voorzieningen wordt belemmerd. Zie in dit verband ook CRvB 29 januari 2002, RZA 2002, 50 en CRvB 1 oktober 2002, USZ 2002, 326 waarin een beroep op art. 8 EVRM onder verwijzing naar Botta eveneens faalde. De eerste zaak is inmiddels ter toetsing voorgelegd aan het EHRM (appl. No. 27677/02).

151 Behalve in art. 19 lid 3 Grondwet, is dit recht bijv. te vinden in art. 6 lid 1 IVESCR en art. 1 lid 2 ESH).

152 Zie in dit verband bijv. A.J.C.M. Geers, *Op de grenzen van arbeidsmarktbeleid, grondrechten, arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht: de banenpool*, in *Sociaal Recht; de grenzen verkend*, Zwolle 1994, p. 77-82. Hij wijst in dit kader ook op art. 10 van ILO-verdrag 44 dat beperkingen stelt aan de oprekking van het begrip passende arbeid.

beargumenteerde dat er evenredigheid bestaat tussen de inbreuk die met deze maatregel wordt gemaakt op de vrijheid van arbeidskeuze en het doel dat daarmee wordt gediend.<sup>153</sup>

Verder zal de wetgever, bij de afwegingen die in dit verband moeten worden gemaakt, ook het gelijkheidsbeginsel in aanmerking moeten nemen. Als de vrijheid van arbeidskeuze van werkzoekenden via een strikt sanctiebeleid wordt beperkt, brengt de compenserende werking van het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld mee dat de vrijheid van werknemerskeuze van werkgevers door maatregelen met een soortgelijk dwingend karakter moet worden ingeperkt.<sup>154</sup> Omdat dit de bereidheid om bepaalde groepen werkzoekenden in dienst te nemen negatief kan beïnvloeden, worden ten aanzien van werkgevers echter veelal maatregelen met een minder dwingend, voorwaardenscheppend karakter geprefereerd. Wil een beleid consistent zijn dan zal de vrijheid van arbeidskeuze van werkzoekenden echter eveneens op een minder dwingende manier moeten beperkt. Wijkt de wetgever hiervan af, dan zal opnieuw inzichtelijk moeten worden gemaakt welke afwegingen daarbij doorslaggevend zijn geweest.<sup>155</sup> Ook op deze manier kan een grondwettelijke benadering implicaties hebben voor het te voeren overheidsbeleid. De aan die benadering verbonden motiveringsplicht dwingt de wetgever immers min of meer om gemaakte keuzes te verantwoorden. Dit kan ertoe bijdragen dat de bij die keuzes in aanmerking te nemen juridische randvoorwaarden bewuster in het besluitvormingsproces worden betrokken. Op zijn beurt kan dit bevorderen dat beter kan worden beoordeeld op welke normatieve uitgangspunten de wetgever het werkgelegenheidsbeleid baseert en of daarbij wel voldoende rekening wordt gehouden met aspecten van sociale rechtvaardigheid die aan die uitgangspunten zijn gelieerd. Per saldo kan dit ertoe leiden dat de kwaliteit en de effectiviteit van het gevoerde beleid en de daarop gebaseerde regelgeving, beter kan worden gewaarborgd.

153 Dit soort vragen hangt samen met het uitgangspunt dat inbreuken op een klassiek grondrecht alleen geoorloofd zijn als die inbreuken herleidbaar zijn tot de beperkingsclausules van het desbetreffende klassieke grondrecht. Hieruit volgt dat beperkingen die bijv. alleen een algemeen belang dienen, zoals de betaalbaarheid van het stelsel van sociale zekerheid, in beginsel niet zijn toegestaan. Bij conflicten tussen een sociaal grondrecht, in casu de manier waarop invulling wordt gegeven aan het werkgelegenheidsbeleid, en een klassiek grondrecht, in casu de inbreuk die via het sanctiebeleid wordt gemaakt op de vrijheid van arbeidskeuze, moet daarom gemotiveerd worden onderzocht of eventuele inbreuken die daarmee worden gemaakt op het klassieke grondrecht op vrijheid van arbeidskeuze kunnen worden voorkomen of althans zoveel mogelijk kunnen worden beperkt. Zie hiervoor bijv. TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 20; nr. 4, p. 78 en nr. 7, p. 9-12; D. Pieters, *Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap*, Antwerpen 1985, p. 456 e.v. en H.W.P.M. van der Linden, *Recht op Arbeid, Plicht tot Arbeid?*, Sociaal Recht 1992/11, p. 301-305.

154 Behalve aan een quotumplicht (evt. te realiseren via art. 5 Wet REA), kan hierbij bijv. ook worden gedacht aan het instrument van contract compliance (waarbij de overheid werkgevers belooft met uitbesteding van contracten als werkgevers bereid zijn bepaalde werkzoekenden in dienst te nemen) en aan een discriminatieverbod voor bepaalde groepen (zie daarvoor de al genoemde Europese kaderrichtlijnen en voor Nederland het daarmee samenhangende wetsvoorstel inzake gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte: TK 2001-2002, 28 169).

155 Zie in dit verband bijv. J.E. Goldschmidt: *Bevordering van arbeidskansen: van de (overheids)baan?*, SMA 1991, p. 59-62 en H.W.P.M. van der Linden, *Recht op Arbeid, Plicht tot Arbeid, Sociaal Recht 1992/11*, p. 302-305.

## 9. Tijd voor de volgende stap

### 9.1 *Half werk*

Worden de, onder het mom van bevordering van arbeidsparticipatie, doorgevoerde maatregelen op hun grondrechtelijke merites beoordeeld, dan moet worden vastgesteld dat de wetgever op dit punt niet bepaald consistent te werk is gegaan. Bevordering van arbeidsparticipatie is weliswaar verheven tot hoofddoelstelling van het sociale zekerheidsbeleid, maar als het op rechtsvorming aankomt, blijken de daarbij horende fundamentele waarden, zoals het recht van eenieder op zelfontplooiing en gelijke kansen resp. het recht op gelijke toegang tot de arbeidsmarkt en bescherming tegen sociale uitsluiting, al snel uit het oog te worden verloren. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat, voor zover de doorgevoerde maatregelen op hun grondrechtelijke implicaties zijn beoordeeld, die beoordeling vooral betrekking heeft gehad op de inkomenswaarborgfunctie. Daar waar doorgevoerde wijzigingen met aantasting van uitkeringsrechten of verlaging van het uitkeringsniveau gepaard zijn gegaan, heeft de aandacht zich gefixeerd op de vraag of de, in internationale verdragen verankerde, minimum normen voor de hoogte en duur van sociale zekerheidsuitkeringen, daardoor niet geschonden zouden worden.<sup>156</sup> Of de wijzigingen ook strookten met de fundamentele waarden die corresponderen met de preventieve, activerende functie van sociale zekerheid is daarentegen veelal in het midden gelaten. In het algemeen is slechts verondersteld dat het met die wijzigingen beoogde arbeidsparticipatieverhogende effect wel zou optreden en dat dit, met een beetje goede wil, ook voor eenieder in gelijke mate het geval zou zijn. De wetgever heeft hiermee half werk geleverd en zo de spanning tussen de financieel-economische noodzaak om het stelsel betaalbaar te houden en de juridische noodzaak om daarbij een gelijke kansenbeleid te voeren en inbreuken op klassieke grondrechten, zoals de vrijheid van arbeidskeuze, zo beperkt mogelijk te houden, wel erg gemakkelijk ten faveure van financieel-economische overwegingen beslecht.

### 9.2 *Nadruk op rechtsgelijkheid*

Dit wil overigens niet zeggen dat fundamentele sociale waarden in het wetgevingsproces geheel en al buiten beschouwing zijn gebleven. Bij de rechtvaardiging van de genomen besluiten heeft het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld wel degelijk een voorname rol gespeeld. Dat beginsel is echter primair formeel benaderd. Hierdoor is vooral het streven naar rechtsgelijkheid geaccentueerd: zodra er sprake is van gelijke gevallen, moeten deze in principe ook gelijk worden behandeld. Uit de doorgevoerde wetswijzigingen blijkt dat deze formele benadering een aardige dekmantel kan zijn om bezuinigingen te rechtvaardigen. Zo brengt het principe dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld bijvoorbeeld mee dat een nieuw regime, vanaf het moment van inwerkingtreding, in principe voor eenieder gelijkelijk moet gaan gelden. Zowel nieuwe als bestaande gevallen moeten dan dus aan dezelfde

156 Zie bijv.: TK 1992-1993, 22 824, nr. 3, p. 70-72 (TBA); TK 1995-1996, 24 439, nr. 3, p. 48-52 (WULBZ) en TK 1994-1995, 24 169, nr. 3, p. 16-20 (ANW). Zie voor dit aspect nader par. 4.2.2.

rechtsregels worden onderworpen.<sup>157</sup> Omdat strikte toepassing hiervan, vooral als er bezuinigingen in het geding zijn, behoorlijk kan indruisen tegen belanghebbende levende verwachtingen met betrekking tot hun aanspraken en, daarmee, kan botsen met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, zijn uitzonderingen op het beginsel van rechtsgelijkheid mogelijk. Deze uitzonderingen kunnen in een overgangsregeling worden neergelegd. Of en zo ja hoe daaraan wordt vorm gegeven, moet per geval worden beoordeeld. Financieel-economische overwegingen zijn hierbij medebepalend. Een bezuinigingsdoelstelling kan als gevolg hiervan een legitieme reden zijn om van een genereuze overgangsregeling af te zien. Voor het verschil in behandeling dat door eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel kan ontstaan (bestaande gevallen kunnen dan immers gedurende een lange(re) periode onder het oude, vaak veel gunstiger regime blijven vallen), bestaat dan, met andere woorden, geen objectieve rechtvaardigingsgrond; het beginsel om gelijke gevallen gelijk te behandelen heeft in die situatie prioriteit.<sup>158</sup>

Met deze interpretatie van het gelijkheidsbeginsel kunnen weliswaar bezuinigingsdoelstellingen worden gediend, maar komen fundamentele waarden die aan de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid zijn gelieerd, tegelijkertijd gemakkelijk in het gedrang. Zoals de reacties op het kersverse plan om bestaande WAO-ers, jonger dan 45 jaar, onder het nieuwe WAO-regime te brengen illustreren, kan dit aanleiding geven tot behoorlijke commotie. De ervaring leert dat dit uiteindelijk tot rechterlijke procedures kan leiden. Er zijn hier namelijk 'eigendomsrechten' in het geding.<sup>159</sup> Vooral als het rechtszekerheidsbeginsel

157 Dit uitgangspunt van 'onmiddellijke werking' is verankerd in Aanwijzing voor de Regelgeving 166. Volgens de notitie Overgangsrecht bij wijzigingen sociale verzekeringswetten geldt dit principe ook voor de sociale zekerheid, zij het daar wel uitzonderingen op kunnen worden gemaakt: TK 1992-1993, 22 013, 46 i-j.

158 Om dit rechtvaardigen wordt onder meer een beroep op het solidariteitsbeginsel gedaan: een ruim overgangsrecht zou teveel solidariteit kunnen vragen van premiebetalers die zelf genoeg moeten nemen met minder rechten. Als een ruim overgangsrecht is gekoppeld aan een wetsvoorstel waarmee bezuinigingen moeten worden gerealiseerd zou dat bovendien een zwaarder ingrijpen in het uitkeringsregime voor de nieuwe gevallen kunnen betekenen. Zie daarvoor EK 1999-2000, 25 900, nr. 87, p. 7 en nr. 87a. Daarin werd ook een lijst van aandachtspunten opgenomen die bij de te maken afwegingen als leidraad in aanmerking kunnen worden genomen. Deze aandachtspunten zijn via een motie in de Eerste Kamer in aanwijzing 4.14 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving opgenomen (TK 1999-2000, 25 900, nr. 87c). Over de manier waarop daaraan in concrete situaties invulling wordt gegeven moet in de MvT verantwoording worden afgelegd. In de praktijk kan de afweging die moet worden gemaakt tot verschillende uitkomsten leiden. Zo is in het verleden bijv. wel eerbiedigende werking gegeven aan wijzigingen die zijn doorgevoerd bij de herinrichting van de Abw, de AOW (samenwonende broers en zussen), de AKW (afschaffing van de kinderbijslag voor personen van 18 jaar en ouder) en gedeeltelijk ook aan de wijzigingen die in 1993 werden aangebracht in de WAO (WAO-ers boven de 50 jaar die op 1 augustus 1993 al in de WAO zaten, kregen met die wijziging niet te maken). Voor nabestaanden werd echter een relatief korte overgangperiode voldoende geacht; ook een hardheidsclausule werd voor hen niet nodig gevonden. Volledige eerbiedigende werking, waardoor voor een langere periode twee verschillende regimes bestaan, werd zowel om inhoudelijke als om uitvoeringstechnische redenen niet te rechtvaardigen noch gewenst geacht: TK 1999-2000, 25 900, nr. 6, p. 16.

159 De erkenning dat sociale zekerheidsrechten onder het door art. 1, Eerste Protocol EVRM beschermde eigendomsrecht kunnen vallen, speelt hierbij een belangrijke rol (zie daarvoor bijv. EHRM 16 september 1996, RSV 1997/234: Gaygusuz). Inmiddels is dat, ten aanzien van de nabestaandenuitkering, ook erkend door de CRvB (zie bijv. CRvB 24 januari 2001, USZ 2001, 49 en 50). De gedeeltelijke ontneming van het eigendomsrecht als gevolg van de ANW achtte de CRvB echter niet in strijd met art. 1, Eerste Protocol EVRM. Dat artikel eist onder meer dat er een fair balance is tussen het met de regeling nagestreefde algemene belang en het ingeroepen eigendomsrecht en dat het middel proportioneel is in relatie tot het

er in het afwegingsproces bekaaid vanaf komt, blijken belanghebbenden aantastingen van dit soort rechten als een onrechtvaardige aanval op hun bestaanszekerheid te kunnen ervaren. De rechterlijke strohm moet dan uitkomst bieden. Onbegrijpelijk is dat niet. De aangebrachte wijzigingen in de sociale zekerheidswetgeving werpen betrokkenen immers veelal terug op zichzelf, terwijl alternatieve beschermingsmogelijkheden, zoals reële toegangsmogelijkheden tot de arbeids- of de particuliere verzekeringsmarkt, soms ontbreken of financieel dan wel om andere redenen niet bereikbaar zijn. Bij een formele benadering van het gelijkheidsbeginsel is dat ook minder relevant. Het gaat dan namelijk niet zozeer om het bewerkstelligen van gelijke uitkomsten, zoals bij een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel het geval is, maar primair om het scheppen van gelijkheid in rechtsposities en rechtsverhoudingen. Of die gelijkheid wel correspondeert met de werkelijkheid, doet in wezen niet terzake. Als gevolg hiervan is er in principe weinig oog voor de vraag of alternatieve beschermingsmethoden eigenlijk wel reëel toegankelijk zijn. Soms wordt dit uitgangspunt tijdens de parlementaire behandeling bijgesteld, maar soms ook niet.<sup>160</sup> De uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid en de daarmee samenhangende fundamentele juridische waarden worden hierdoor lang niet altijd worden gerespecteerd.<sup>161</sup> Dat dit niet in overeenstemming is met de overheidstaak om bij het doorschuiven van verantwoordelijkheden ervoor te zorgen dat die verantwoordelijkheden ook echt kunnen worden gedragen, is evident. Door het ontbreken van een duidelijke grondwettelijke toetsing aan de juridische uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid, dreigt dit aspect echter onderbelicht te blijven. Uiteindelijk kan dit nopen tot reparaties achteraf die door zo'n grondwettelijke toets vooraf hadden kunnen worden voorkomen.

beoogde doel. Volgens de rechter was de wetgever bij het afwegen van deze vereisten binnen de gegeven grenzen gebleven. In CRvB 22 december 1999, JB 2000, 31 m.nt. A.W. Heringa, toetste de CRvB de ontneming van de AAW-uitkering aan het eigendomsrecht. De Raad sprak zich daarbij ook uit over de legitimiteit van de schending van dit recht. Bij de beoordeling van de legitimiteitskwestie is, bij ontneming van eigendom, de compensatievraag van belang. De CRvB accepteerde in dit geval een compensatie in de vorm van een overgangsregeling van 26 maanden en merkte daarbij op dat 'bij deze beperkte compensatie aantekening verdient dat bij maatregelen die (mede) zijn ingegeven door dringende redenen van financiële aard, een volledig of zelfs een aanmerkelijke compensatie niet aan de orde kan komen zonder de doelstelling van die maatregelen (grotendeels) teniet te doen'.

160 Bij de uitbreiding van de loonbetalingsplicht zijn bijv. wel bewust afspraken met verzekeraars gemaakt om te garanderen dat werkgevers hun werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand, tegen een betaalbare prijs konden verzekeren (zie par. 5.2). Bij de beperking van de uitkeringsrechten van de WAO in 1993 is een reparatiemaatregel afgedwongen in de Eerste Kamer, die leidde tot een beperkte aanvullende verzekeringsmogelijkheid via een onderlinge waarborgmaatschappij voor mensen door chronische gezondheidsklachten een verhoogd risico vormen en zich daardoor moeilijk particulier kunnen verzekeren (MAAV). Ten aanzien van de nabestaandenwet is daarentegen uitdrukkelijk opgemerkt dat het aan betrokkenen zelf is om aan hun verantwoordelijkheid invulling te geven; de regering zag hier dus voor zichzelf geen actieve, begeleidende rol weggelegd: Handelingen EK, 19 december 1995, p. 14-581.

161 Overigens is dit probleem in de lijst van aandachtspunten in zoverre onderkend dat daarin wordt gesteld dat differentiatie moet plaatsvinden als gelijke behandeling leidt tot ongerechtvaardigde verschillen tussen groepen. Opgemerkt wordt hierbij dat dan een afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel aan de orde is; de differentiatie criteria dienen met dit uitgangspunt in overeenstemming te zijn: TK 1999-2000, nr. 87, p. 9-10. Zie in dit verband ook de uitspraak van het Mensenrechten Comité in de zaak Vos, waarin het overgangsrecht van de AOW aan de orde was. Uit deze uitspraak blijkt dat de afweging tussen rechtsgelijkheid en rechtszekerheid per saldo ook tot strijd met het gelijkheidsbeginsel ex art. 26 IVBPR kan leiden: uitspraak van 26 juli 1999, 214, (comm. 786/1997, met name III/118, V/96 en V 175), USZ, 1999/330.

### 9.3 Oog voor gelijke kansen?

De geschiedenis leert dat het gelijkheidsbeginsel ook op een andere manier een rol heeft gespeeld bij wetgeving die in het kader van de hervorming van de sociale zekerheid tot stand is gebracht. Zo is de rechtvaardiging van de wijzigingen die in 1987 en in 1993 in de WAO zijn aangebracht, eveneens voor een belangrijk deel op dat beginsel gebaseerd. Opnieuw is het beginsel van rechtsgelijkheid hierbij de drijvende kracht geweest. Op basis van dat beginsel is het verschil in uitkeringspositie tussen gedeeltelijk arbeidsgeschikte werkzoekenden en 'gewone' werkloze werkzoekenden ter discussie gesteld. Ervan uitgaande dat beide groepen in beginsel in staat zijn om te werken, is in dit verband benadrukt dat beide groepen in principe in een vergelijkbare positie verkeren als zij er niet in slagen om een baan te bemachtigen. Beide groepen zijn dan in wezen werkloos. Weliswaar wordt onderkend dat het werkloosheidsrisico van beide groepen niet volstrekt vergelijkbaar is (zonder aanvullende maatregelen zullen werkgevers immers eerder geneigd zijn een 'gewone' werkloze in dienst te nemen), maar daar wordt tegenover gesteld dat een verschil in arbeidsmarktpositie geen rechtvaardiging biedt voor het verschil in uitkeringspositie tussen beide groepen. Waarom zou een gedeeltelijk arbeidsgeschikte werkzoekende een betere uitkeringspositie moeten hebben dan een 'gewone' werkzoekende? Als beide groepen zonder daar zitten, verkeren ze in feite in dezelfde inkomenspositie. Er is dan er geen reden om het daaruit voortvloeiende inkomensverlies op verschillende manieren op te vangen, zo luidt de redenering.<sup>162</sup>

Op basis van deze redenering is eerst de mogelijkheid om werkloosheid in de arbeidsongeschiktheidsuitkering te verdisconteren, vervallen en is in 1993 de uitkeringsstructuur van de WAO aangepast aan de uitkeringsstructuur van de Werkloosheidswet.<sup>163</sup> Hoewel deze maatregelen niet hebben geleid tot een volledige gelijkstelling van de uitkeringspositie van gedeeltelijk arbeidsgeschikte en 'gewone' werkzoekenden, is het sindsdien toch minder goed toeven in de WAO. De tijd dat betrokkenen tot hun 65e vrijwel ongestoord aanspraak kunnen maken op een meestal volledige WAO-uitkering, is daarmee immers voorgoed voorbij. Aangenomen wordt dat deze verslechtering gedeeltelijk arbeidsgeschikten zal

162 TK 1985-1986, 19 256, nr. 3, p. 10-15. Zie voor kritiek vanuit de Kamer op afschaffing van de verdiscontering: TK 1985-1986, 19 256, nr. 5, p. 6-8 en p. 15 en nr. 8, p. 5. Zie voor 1993: TK 1992-1993, 22 824, nr. 3, p. 33-34. Deze wijziging omvatte hiernaast verenging van het arbeidsongeschiktheidsbegrip en verruiming van het begrip passende arbeid (zie het huidige art. 18 lid 1 en 5 WAO).

163 Afschaffing van de verdiscontering leidde tot het huidige art. 18 lid 6 WAO. Als gevolg daarvan krijgen gedeeltelijk arbeidsgeschikten die hun resterende verdien capaciteit niet kunnen omzetten in werk met het werkloosheidsregime te maken; voor dat deel zijn zij werkloos. De gelijkstelling van het uitkeringsregime kreeg zijn beslag in art. 21a en 21b WAO. De aan het laatstverdiende loon WAO-uitkering werd hierdoor, net als de WW-uitkering, tijdelijk (zij het niet door koppeling aan een feitelijk en fictief arbeidsverleden, maar door koppeling aan de leeftijd op het moment van arbeidsongeschikt raken). Na afloop van de loongerelateerde uitkering, volgt net als bij werkloosheid, een uitkering die circuleert op bestaansminimumniveau (zij het dat ook hier niet voor dezelfde berekeningsbasis wordt gekozen en de WAO-vervolguitkering niet beperkt is in duur). Bovendien dreigt voor arbeidsongeschikten geen échte bijstand als de aanvullende werkloosheidsuitkering afloopt, maar geldt voor hen de IOAW (geen vermogenstoets). Deze regeling is echter afgedwongen. Arbeidsongeschikten blijven dus op bepaalde punten beter behandeld dan werklozen.

prikkelen om er alles aan te doen om weer zo snel mogelijk aan het werk te gaan.<sup>164</sup> De gelijkstelling dient dus ook als prikkel tot bevordering van arbeidsparticipatie.

Op het eerste gezicht lijkt ook bij deze wijzigingen de formele benadering van het gelijkheidsbeginsel te domineren. Maar dat is niet helemaal het geval. De wijzigingen worden namelijk geflankeerd door de, later door de REA vervangen, WAGW. Deze op reïntegratiebevordering gerichte regelingen moet het geconstateerde verschil in arbeidsmarktpositie tussen beide groepen compenseren.<sup>165</sup> In principe wordt daarmee recht gedaan aan de materiële kant van het gelijkheidsbeginsel. De ondersteunende reïntegratiebevorderende maatregelen moeten gedeeltelijk arbeidsgeschikten namelijk een extra steuntje in de rug geven bij het bemachtigen van een plaats op de arbeidsmarkt. Beoogd wordt zo een eventuele achterstand die zij ten opzichte van 'gewone' werkzoekenden hebben te egaliseren en aldus gelijke kansen op werk te creëren.

De ervaring leert echter dat de manier waarop dat gebeurt niet doortastend genoeg is. Het pakket ondersteunende maatregelen blijkt in de praktijk te vrijblijvend en te onevenwichtig te zijn om de factoren die de achterstandspositie van gedeeltelijk arbeidsgeschikten in de hand werken, doeltreffend aan te pakken.<sup>166</sup> Wat zich hier wreekt is het feit dat de juridische uitgangspunten van het gelijke kansen beleid bij de besluitvorming over te nemen maatregelen veelal onvoldoende in aanmerking worden genomen. Het gelijke kansenbeleid wordt hierdoor primair gezien als een instrument om het stelsel van sociale zekerheid betaalbaar te houden, waardoor het accent al snel komt te liggen op het kwantiteitsaspect van de terugkeer in het arbeidsproces: hoe meer gedeeltelijk arbeidsgeschikten aan het werk komen, hoe beter. De kwaliteit van de daarbij benodigde ondersteuning dreigt hierdoor niet de aandacht te krijgen die het behoeft, terwijl dat nu juist een belangrijke factor is om een duurzame terugkeer in het arbeidsproces te realiseren. Daarmee kan immers worden bevorderd dat de juiste persoon op de juiste plaats terechtkomt. Op zijn beurt, kan dat voorkomen dat na verloop van kortere of langere tijd weer een beroep op een uitkering moet worden gedaan. Financieel-economische doelstellingen kunnen zo per saldo dichter worden benaderd dan door een beleid waarin de gedachte overheerst dat alle potentiële arbeidskracht, goedschiks of kwaadschiks, moet worden ingezet. De preventieve, activerende functie van sociale zekerheid dreigt dan slechts dienstbaar te worden gemaakt aan doelstellingen van het financieel-economisch beleid, waardoor het belang van het vinden van een balans tussen de noodzaak om het stelsel betaalbaar te houden en de noodzaak om daarbij recht te doen aan een aantal bij die functie behorende fundamentele juridische randvoorwaarden, gemakkelijk uit het zicht verdwijnt. De praktijk leert evenwel dat dit tot

164 TK 1985-1986, 19 256, nr. 3, p. 13-14. Zie voor kritiek hierop: TK 1985-1986, 19 256, nr. 5, p. 7. Zie ook TK 1992-1993, 22 824, nr. 3, nr. 6, p. 5 en nr. 10, p. 9: na vragen uit de Kamer geeft het kabinet toe dat er geen harde statistische bewijzen zijn dat versobering van de uitkeringsrechten zal leiden tot vermindering van het beroep op de WAO, maar dat er wel een correlatie tussen deze twee grootheden bestaat. Om die reden was men aanvankelijk ook tegen aanvullende verzekeringen voor het WAO-gat: TK 1992-1993, 22 824, nr. 6, p. 16-21.

165 TK 1985-1986, 19 256, nr. 3, p. 15. De WAGW is in 1986 ingevoerd en in 1998 vervangen door de Wet REA.

166 Zie daarvoor nader par. 6.4.



weinig bevredigende resultaten leidt. Zo wordt in theorie weliswaar een gelijke kansenbeleid gevoerd, maar in werkelijkheid blijkt dat beleid geen échte gelijke kansen te creëren en het bestaande uitsluitingsmechanisme in stand te houden. Als gevolg hiervan wordt veel geïnvesteerd in reïntegratiebevorderende maatregelen, die als puntje bij paaltje komt, niet de daarvan verwachte zoete vruchten afwerpen. Dit leidt vervolgens tot bijstelling van het beleid, waarbij de ene maatregel zich op de andere stapelt. Omdat de grondslag voor het te voeren beleid niet wezenlijk verandert, heeft dit echter geen noemenswaardig effectiviteitsverhogend effect. Alleen de bureaucratie en de complexiteit van het systeem nemen hierdoor verder toe.

## 10. Bijstelling van de koers

### 10.1 *Verandering van perspectief*

Om deze cirkel te doorbreken is het zaak het werkgelegenheidsbeleid vanuit een andere invalshoek in te kleuren en daarbij meer dan nu het geval is te zoeken naar een evenwicht tussen de financieel-economische doelstellingen die achter de preventieve, activerende functie van sociale zekerheid schuil gaan en de bij die functie horende juridische randvoorwaarden en uitgangspunten. Een grondrechtelijke benadering geeft daarbij houvast. Die benadering dwingt immers min of meer om in het besluitvormingsproces over te nemen maatregelen serieus aandacht te besteden aan de vraag of die maatregelen *daadwerkelijk* zullen bijdragen aan maatschappelijke integratie en of eventuele inbreuken die daarbij worden gemaakt op grondrechten, zoals het recht op vrijheid van arbeidskeuze, grondwettelijk wel geoorloofd zijn. Maatregelen die beogen alle potentiële arbeidskracht met een strikt sanctiebeleid te stimuleren om iedere kans op werk aan te grijpen (waarop het wetsvoorstel voor een nieuwe bijstandsregeling bijvoorbeeld lijkt aan te sturen), zullen dan al snel afvallen omdat ze te ongenueanceerd zijn om het beoogde doel te bereiken.<sup>167</sup> Ook de huidige neiging om werkgevers met een opeenstapeling van financiële prikkels te bewegen om bepaalde groepen in dienst te nemen of te houden, komt dan in een dubieus licht te staan. Er zijn inmiddels immers bewijzen genoeg dat die prikkels onvoldoende inspelen op de factoren die werkgevers tot (interne of externe) risicoselectie aanzetten en daardoor niet echt bijdragen aan het bevorderen van maatschappelijke reïntegratie. Het gevaar van sociale uitsluiting wordt hiermee dus niet doeltreffend bestreden, terwijl dat nu juist, zowel vanuit

<sup>167</sup> Het wetsvoorstel voor de Wet werk en bijstand legt op alle bijstandsgerechtigden de plicht om algemene geaccepteerde arbeid te aanvaarden. In beginsel wordt daarbij geen rekening gehouden met de aard en de omvang van het werk en de aansluiting bij opleiding of ervaring om het beroep op inkomensondersteuning zo kort mogelijk te houden. Daartoe wordt de gemeente bovendien de bevoegdheid gegeven om zelf te bepalen wat de gevolgen zijn voor de uitkering bij schending van deze plicht om zich in te zetten om zo snel mogelijk weer zelf in het bestaan te voorzien. Tot deze plicht behoort evencens het aanvaarden van een tijdelijke reïntegratievoorziening (bijv. een gesubsidieerde arbeidsplaats) wanneer betaalde arbeid nog niet aan de orde is om zo de kans op inschakeling op het arbeidsproces te vergroten: TK 2002-2003, 28 870, nr. 3, p. 7,8 en 38 resp. art. 8 en 9 van het wetsvoorstel. Of op deze manier een duurzame maatschappelijke integratie kan worden bevorderd is bijzonder twijfelachtig. In combinatie met de voorgenen 100% budgettering en de financiële risico's die dat voor gemeenten meebrengt, is dit een hachelijke regeling, zeker wanneer wordt bedacht dat bij een omvangrijke groep gemeenten de rechtmatigheid van de uitvoering niet voldoende op orde is. Zie daarvoor bijv. het jaarverslag van de IWV 2002, p. 21-24.



een sociaal maatschappelijk als vanuit een financieel-economisch oogpunt, cruciaal is. Om het bestaande uitsluitingsmechanisme te doorbreken en maatschappelijke integratie werkelijk te bevorderen is dus een andere aanpak vereist. De vraag hoe de activeringsdoelstelling zich eigenlijk verhoudt tot de eisen die tegenwoordig aan deelname aan het arbeidsproces worden gesteld, biedt daarvoor een belangrijk aanknopingspunt. Die vraag kan namelijk leiden tot de conclusie dat deelname aan het arbeidsproces voor bepaalde groepen niet de optimale vorm van maatschappelijke integratie is. In plaats van hierop toch te blijven focussen, kan dan vervolgens naar andere integratievormen worden gezocht, waarin deze groepen beter tot hun recht kunnen komen en ook effectiever kunnen functioneren dan in het huidige arbeidsproces.<sup>168</sup> Energie steken in het vinden van methodes om aan deze alternatieve vormen van maatschappelijke integratie invulling te geven op een manier die niet stigmatiserend is en concurrentievervalsing resp. verdringing van reguliere arbeidsplaats voorkomt, is daarom de moeite waard. Dit kan namelijk uitkomsten opleveren die economische en sociale waarden beter met elkaar in evenwicht brengen dan bij het tot nu toe gevoerde beleid het geval is en, daardoor, per saldo leiden tot effectievere resultaten, zowel in economische als in sociale zin.

### 10.2 *Betekenis voor de WAO-plannen*

Worden de hervormingsplannen voor de WAO vanuit dit perspectief gezien dan moet worden vastgesteld dat die plannen weinig garantie bieden op daadwerkelijke bevordering van maatschappelijke integratie en daardoor dus niet aan de zojuist genoemde uitgangspunten voldoet. Dit klemmt temeer nu deze plannen juist met het doel om sociale uitsluiting tegen te gaan, ingrijpen in de uitkeringspositie van mensen met gezondheidsproblemen. De (op een formele benadering van het gelijkheidsbeginsel gebaseerde) beleidslijn die in de jaren tachtig is ontkiemd, wordt daarmee in wezen verder doorgetrokken. Ook nu is de achterliggende gedachte immers dat mensen die, ondanks medische klachten of beperkingen nog kunnen werken maar geen werk kunnen vinden, als werkloos moeten worden beschouwd. Door afschaffing van de gedeeltelijke WAO-uitkering is deze groep, anders dan voorheen, in de toekomst echter ook feitelijk aangewezen op een werkloosheids- of een bijstands(achtige)uitkering. Verwacht wordt dat deze ingreep de kans op werk zal vergroten. Enerzijds worden werkzoekenden met gezondheidsproblemen daardoor immers van het stempel 'arbeidsongeschikt' bevrijd en anderzijds wordt aangenomen dat het vooruitzicht van een dreigende overgang naar de werkloosheidsregelingen hen een extra stimulans geven om aan het werk te blijven of te komen.

168 Hierbij kan bijv. worden gedacht aan tot bedrijven omgevormde sociale werkplaatsen, waarin deze doelgroep tegen betaling in hun eigen tempo of anderszins aangepaste arbeidsomstandigheden en zonodig onder begeleiding reguliere arbeid kan verrichten, zoals het maken van meubels of fietsen, of het uitvoeren van schilder-, metsel- of timmerwerkzaamheden of andere werkzaamheden in de dienstverlenende sfeer of de bouw (bijv. inzet bij het opknappen van huizen), etc. Dit werk kan van tijdelijke aard zijn met het doel vaardigheden aan te leren en te vergroten om de doelgroep zo klaar te stomen voor een soortgelijke functie op de arbeidsmarkt, maar zo nodig ook blijvend wanneer deelname aan het arbeidsproces niet de optimale vorm van maatschappelijke integratie blijft. De Maastrichtse MTB geeft een aardig voorbeeld van de manier waarop aan deze alternatieve vorm van maatschappelijk integratie vorm en inhoud zou kunnen worden gegeven. Ingezet zou kunnen worden op uitbreiding van dit soort bedrijven.

Het aantal arbeidsongeschikten zal door deze maatregel zeker verminderen. Maar verwacht mag worden dat het aantal werkzoekende werklozen tegelijkertijd zal stijgen. Of de kans op duurzame deelname aan het arbeidsproces op deze manier zal toenemen, is namelijk zeer de vraag. Gezien de gezondheidsproblemen die hier in het geding zijn, zal daarvoor in de regel meer nodig zijn dan de financiële prikkel die door verandering van etiket ontstaat. Verandering van etiket creëert immers slechts gelijkheid in de uitkeringspositie van werkzoekenden, maar doet verder niets aan doorbreking van het uitsluitingsmechanisme waartegen werkzoekenden met gezondheidsproblemen kunnen aanlopen. Naast een verminderde inzetbaarheid, productieverlies of de noodzaak van intensieve begeleiding, kan ook vrees voor claims op grond van het aansprakelijkheidsrecht hierbij een rol spelen. Verandering van etiket betekent immers niet dat er geen beroep meer op het aansprakelijkheidsrecht kan worden gedaan. Als de oorzaak van de gezondheidsklachten in de werksfeer ligt, neemt de kans dat zal worden geprobeerd om schade langs deze weg te compenseren, juist door de vermindering van uitkeringsrechten, eerder toe.<sup>169</sup>

Het hervormingsplan voor de WAO houdt met deze factoren in feite geen rekening. In plaats van op bevordering van gelijke kansen op deelname aan het arbeidsproces (in materiële zin), concentreert dat plan zich op het realiseren van (formele) gelijkheid in uitkeringsposities, althans voor zover het om werkzoekenden gaat. Voor mensen die door gezondheidsproblemen niet meer in staat zijn om te werken en duurzaam volledig arbeidsongeschikt zijn, blijft een beroep op de WAO mogelijk. Deze groep wordt dus niet met een eventuele overgang naar de werkloosheidsregeling bedreigd en verkeert daardoor, ten opzichte van mensen die ondanks hun gezondheidsproblemen nog wel kunnen werken, in een betere uitkeringspositie. Of het onderscheid dat op deze manier tussen mensen met gezondheidsklachten wordt gemaakt juridisch wel door de beugel kan, valt echter te betwijfelen. Het gelijkheidsbeginsel vereist voor rechtvaardiging van een onderscheid immers onder meer dat het gemaakte onderscheid op de één of andere manier bijdraagt aan de verwezenlijking van het doel dat daaraan ten grondslag ligt en dat dit doel niet op een andere, minder vergaande manier kan worden bereikt. Zoals uit het voorafgaande al is gebleken, valt dat nu juist zeer te betwijfelen. Doel van het gemaakte onderscheid is

169 Even leek het erop dat er in het verlengde van de hervormingsplannen voor de WAO, plannen werden gesmeed om de mogelijkheid van compensatie via het aansprakelijkheidsrecht te vervangen door een op het risqué professioneel gebaseerde private verzekering voor arbeidsgebonden schade. De minister van Sociale Zaken heeft van een dergelijke verzekering, die in wezen neerkomt op een herintroductie van de 1967 in de WAO geïntegreerde Ongevallenwet, echter expliciet afstand genomen. Er is echter wel een onderzoek gaande naar de vraag of de WAO-plannen, gezien verplichtingen in internationale verdragen (zoals ILO-verdrag 128) aanleiding geven tot invoering van een extra garantieregeling voor beroepsrisico's om zo aan internationaal verankerde minimumnormen te kunnen blijven voldoen (zie daarvoor ook par. 4.2.2). Zie daarvoor de brief van de minister aan de TK van 31 januari 2003, kenmerk 03/9184 en Handelingen TK 2002-2003, nr. 40-2942 van 5 februari 2003. Niet uitgesloten is echter dat deze internationale toets uiteindelijk toch leidt tot de conclusie dat er een beroepsrisicoregeling moet komen. Uit de Belgische rechtspraak kan worden geleerd dat het onderscheid dat daarmee wordt geïntroduceerd tussen beroepsrisico's en andere risico's op gespannen voet kan staan met het gelijkheidsbeginsel. Zie daarvoor nader het arrest van het Arbitragehof van 16 januari 1997, nr. 3/97, B.S. 21 januari 1997 en het commentaar daarop in: J. van Langendonck en J. Put, *Handboek voor Sociale Zekerheid*, Antwerpen Intersentia 2002, p. 333 en 378-380. In dit licht ligt heroverweging van het hele WAO-plan daarom meer voor de hand dan de herintroductie van een beroepsrisicoverzekering.

immers de kans op werk voor mensen die, ondanks hun gezondheidsproblemen, nog kunnen werken, te vergroten door verandering van etiket en een daarmee gepaard gaande vermindering van uitkeringsrechten. In het voorafgaande is al aangegeven dat dit niet afdoende is om het beoogde doel te verwezenlijken. Daarvoor zijn andere methodes vereist die zich volop richten op het wegnemen van bestaande barrières en het vinden van adequate oplossingen voor de problemen die deze groep ondervindt bij het vinden of behouden van werk. In par. 10.1 zijn daarvoor suggesties gedaan, die onder meer neerkomen op verbreding van het perspectief door, zo nodig, ook andere vormen van maatschappelijke participatie in de beschouwing te betrekken, ten minste als betrokkenen daardoor beter tot ontplooiing kunnen komen en meer productief kunnen zijn dan in het huidige arbeidsproces. Het lijkt niet alleen nuttig, maar ook nodig om het WAO-plan in het licht van dit bredere, grondrechtelijk gerichte perspectief te heroverwegen. Het plan zoals dat er nu ligt, is immers niet alleen aanvechtbaar op grond van het gelijkheidsbeginsel, maar draagt per saldo ook niet bij aan de bevordering van maatschappelijke integratie. Het laat het gevaar van sociale uitsluiting eerder in stand en lost daardoor in wezen niets op.

### 10.3 *Slotom*

De moraal van dit verhaal zal inmiddels duidelijk zijn: het wordt hoog tijd om het moderniseringsproces waarin het stelsel van sociale zekerheid zich momenteel bevindt te schragen met een grondrechtelijke benadering in de hiervoor uiteengezette zin. Dat is niet alleen noodzakelijk met het oog op de kwaliteit en de effectiviteit van de regelgeving die aan die modernisering nader gestalte moet geven, maar het is ook een niet meer dan logisch vervolg op de sterke nadruk die tegenwoordig, zowel in Nederland als in Europees verband, op de preventieve, activerende functie van sociale zekerheid wordt gelegd. De moderniseringswetgeving die de laatste jaren tot stand is gebracht, toont overtuigend aan dat die functie niet naar behoren kan worden vervuld zonder de fundamentele juridische randvoorwaarden die daarbij horen, bewust in acht te nemen.

Een grondrechtelijke benadering is een cruciale schakel in dit geheel. Juridische randvoorwaarden en uitgangspunten kunnen daarmee zichtbaar worden gemaakt en bovendien, via hun samenhang met relevante grondrechten en rechtbeginselen, rechtseffect krijgen. Op deze manier wordt duidelijk dat de beleidsvrijheid, die de wetgever bij de hervorming van de sociale zekerheid heeft, ook een onmiskenbare juridische dimensie heeft, die in het besluitvormingsproces niet buiten beeld kan blijven. Dit betekent dat te nemen maatregelen niet langer primair in het licht van sociaal economische en politieke omstandigheden kunnen worden beoordeeld, maar dat ook verantwoording zal moeten worden afgelegd over de manier waarop de juridische dimensie en de daarbij horende fundamentele waarden in het beoordelingsproces zijn betrokken. Die waarden krijgen zo niet alleen de betekenis die hen toekomt bij de beoordeling van de legitimiteit van overheidshandelingen, maar kunnen zo ook dienen als toetssteen voor de stelselmatigheid van de rechtvorming en, daarmee, voor de beoordeling of die rechtsvorming wel daadwerkelijk leidt tot een (kwalitatief) hoger niveau van maatschappelijke integratie en of daarbij wel voldoende is rekening gehouden met de uitgangspunten van sociale rechtvaardigheid, zoals aspecten van solidariteit en het recht van eenieder op zelfontplooiing, gelijke kansen en bescherming tegen sociale uitsluiting.

Koudwatervrees is hier niet op zijn plaats. Een grondrechtelijke onderbouwing van veranderingen in de sfeer van de sociale zekerheid is immers in wezen niet meer dan een voor de hand liggende volgende stap op het pad dat in de beleidsvorming al jaren geleden is ingezet. Bovendien is die stap minder drastisch dan het op het eerste gezicht misschien lijkt. Er zijn immers al ontwikkelingen gaande die het belang van fundamentele, sociaal grondrechtelijke waarden onderstrepen. Behalve aan ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarin de sociale dimensie van klassieke grondrechten meer en meer wordt verkend en verder wordt ontwikkeld, kan ook de komst van het Handvest voor de Grondrechten van de EU als een exponent van deze ontwikkeling worden gezien. Van belang hierbij is, dat veel van de sociale grondrechten waaraan de Lidstaten zich in internationale verdragen hebben gecommitteerd, in dit Handvest zijn ondergebracht. Daarmee wordt nog eens extra onderstreept dat Lidstaten die grondrechten moeten respecteren bij de implementatie van Europese regelgeving en Europees beleid, waaronder het Europese Werkgelegenheidsbeleid. De juridische randvoorwaarden en uitgangspunten van dit beleid krijgen daarmee ook op deze manier een duidelijker gezicht. Weliswaar heeft dit Handvest nog geen bindende kracht, maar uit uitspraken van het Gerecht van Eerste Aanleg kan worden afgeleid dat dit Gerecht het Handvest niettemin beschouwt als een document waarin rechtsnormen zijn opgenomen die ten grondslag liggen aan de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lidstaten en op die manier bindend zijn voor de Europese instellingen.<sup>170</sup> Bovendien ligt het in de lijn van de verwachting dat het Handvest in de nabije toekomst zal worden geïntegreerd in de op handen zijnde Grondwet voor de EU.<sup>171</sup> Het Handvest krijgt dan langs die weg bindende kracht. Dit kan tot gevolg hebben dat het toezicht op de naleving van de grondrechten die in dat Handvest zijn verankerd een extra impuls krijgt vanuit het Europese niveau, wat Lidstaten kan aansporen om aan daaruit voortvloeiende (positieve) verplichtingen te voldoen. Een grondrechtelijke benadering is als gevolg van deze ontwikkelingen een concept dat langzamerhand wint aan kracht. In dit licht bezien ligt het daarom des te meer voor de hand om hierop in te spelen in het veranderingsproces dat zich momenteel op het terrein van de sociale zekerheid voltrekt. Als de sociale zekerheid dan toch in een moderner jasje moet worden gestoken, is het immers verkieslijk om daarbij dan ook maar meteen te kiezen voor een bijdetijdse grondrechtelijke snit. Een kabinet dat zich ten doel stelt flinke vooruitgang te boeken bij het oplossen van de problemen waarmee de samenleving kampt, doet er goed aan hier meteen werk van te maken.

170 Zie bijv. zaak T 54/99, *Max.Mobil Telekommunikation Service GmbH t. Commissie*, GvEA 30 januari 2002, EHRC 2002/54, par. 48 en zaak T 177/01, *Jégo-Quéré e.a. t. Commissie*, GvEA 3 mei 2002, EHRC 2002/54. Het Gerecht van Eerste Aanleg toetst in deze uitspraken aan de algemene beginselen van EG-recht en verhuult daarmee dat rechtstreeks wordt getoetst aan het Handvest. Zie daarvoor J.H. Gerards in de noot bij de eerste uitspraak en H.L. Janssen, *Constitutionele Interpretatie*, Den Haag SDU Uitgevers BV 2003, p. 53.

171 Zie daarvoor art. 5 van het ontwerp voor het toekomstige EU Verdrag waarin de constitutionele status van de EU zijn beslag moet krijgen, *Conventie 528/03*, p. 3 en p. 12-13.



# TREMA

*Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*

In *Trema* worden de ontwikkelingen binnen de rechterlijke macht en het procesrecht op de voet gevolgd en van commentaar voorzien. Commentaar dat mede afkomstig is uit de gelederen van de rechterlijke macht.

*Trema* is enerzijds het orgaan van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, anderzijds het vakblad voor rechters en officieren van justitie én voor iedereen die geïnteresseerd is in de ontwikkeling van 'rechtspleging'.

Naast artikelen en opinies wordt aandacht besteed aan wetgeving, jurisprudentie, onderzoek over rechterlijke organisatie, procesrecht en rechterlijk beleid. In een speciaal actueel katern worden burgerlijk recht, strafrecht, bestuursrecht en Europees recht nauwkeurig gevolgd. Bovendien verschijnen er twee specials per jaar.

In *Trema* vindt u:

- nieuwe ontwikkelingen
- achtergrondartikelen
- human interest artikelen
- opinies
- onderzoek
- wetgeving en jurisprudentie
- boekbesprekingen

*Trema* verschijnt 12 maal per jaar (incl. 2 specials). Daarnaast ontvangt u 3 Straftoemingsbulletins. Een abonnement kost € 101,- (incl. BTW en de verzamelband).

Een los nummer ontvangt u voor € 15,-.



**Kernredactie:**  
mr. H.F.M. Hofhuis

**Redactie:**  
mr. M. van der Horst,  
prof. mr. L.J.A. Damen,  
mr. E.H. Köhne-Hoegen,  
mr. J.H. van Kreveld,  
prof. mr. M.A. Loth,  
mr. G.R.C. Veurink,  
mr. E.M. Wesseling-van Gent,  
mr. B.P.M. Weusten.

# TREMA

Voor bestellingen of meer informatie kunt u contact opnemen met:  
Servicecentrum Uitgevers  
Telefoon (070) 378 98 80,  
fax (070) 378 97 83  
E-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl),  
<http://www.sdu.nl>  
Prijs incl. BTW, excl. verzendkosten.  
Ook verkrijgbaar via de boekhandel



**Nieuw!**

# Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk

Door prof. mr. A.Q.C. Tak

Bestuursprocesrecht moet mensen beschermen tegen de overheid. Het is de vraag of die rechtsbescherming sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 verbeterd is.

In dit derde millennium lijkt voor de rechtzoekende burger nauwelijks meer sprake van daadwerkelijke rechtsbescherming tegen de overheid.

In *Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk* wordt bovenstaande vraag onderzocht door één van de pioniers op het terrein van het bestuursprocesrecht: prof. mr. A.Q.C. Tak. Het resultaat is een actueel handboek op het gebied van het bestuursprocesrecht. De uitgave is opgesplitst in twee delen ten behoeve van uw gebruiksgemak.

## De huidige stand van zaken binnen het bestuursprocesrecht

De uitgave geeft aan de hand van een praktische, thematische indeling van het bestuursprocesrecht een zo volledig mogelijk overzicht van de huidige stand van zaken met betrekking tot wetgeving (positief, geldend recht) en jurisprudentie. Daarnaast biedt de uitgave ook een vooruitblik op binnen afzienbare tijd te verwachten wijzigingen. Naast een analyse van de oorzaken van verschillende problemen reikt de auteur alternatieven aan ter verbetering.

## De auteur

In zijn onderzoek kon prof. mr. A.Q.C. Tak gebruik maken van zijn jarenlange en intensieve ervaring in de rechtspraak, vooral als raadsheer in de Centrale Raad van Beroep, en op zijn dagelijkse praktijkervaring als adviseur en vertegenwoordiger in bestuursrechtelijke procedures. Hij kreeg bekendheid als grondlegger van de Maastrichtse school en van de invullende rechtsleer, waaraan hij praktische toepassing gaf in zijn indrukwekkende monografie *De overheid in het burgerlijk recht* (1997).

## Loop dit unieke handboek niet mis en bestel nu!

Voor een goed beeld van het huidige bestuursprocesrecht is deze uitgave onmisbaar. Bestel uw exemplaar door te bellen met Servicecentrum Uitgevers, tel (070) 378 988 0, of mail naar [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl).

Voor meer informatie kijkt u op [www.sdu.nl/bestuursrecht](http://www.sdu.nl/bestuursrecht)

Prijs: €121,90

ISBN: 90 5409 338 2

Omvang: 1234 pagina's

Voor bestellingen of meer informatie kunt u contact opnemen met:  
Servicecentrum Uitgevers  
Telefoon (070) 378 98 80  
Fax (070) 378 97 83  
E-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl)  
Prijs incl. BTW, excl. verzend- en administratiekosten  
Ook verkrijgbaar via de boekhandel

